

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº42 - MARZO 2010

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°42 - Marzo 2010

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 690 9293

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, caso en el cual, los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recurso de queja acogido. Actuaciones que suspenden el curso de la prescripción de la acción penal 9

Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Oportunidad del acusado para declarar en el Juicio Oral 13

Corte Suprema

Recurso de queja rechazado. Control del ejercicio de la facultad de admisión de prueba nueva al tenor del artículo 336 del Código Procesal Penal 27

Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad acogido en relación al artículo 277 del Código Procesal Penal 32

Tribunal Constitucional

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal 57

Yelica Lusic Nadal

Sentencias Comentadas

Tribunal de Garantía de Pitrufquén condena a Secretario Comunal de Planificación por delitos de falsificación de instrumento público, negociación incompatible e infidelidad en la custodia de documentos 68

Cristian Crisosto Rifo

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Prescripción ilegal y suministro ilegal de drogas, conceptos básicos, características y jurisprudencia 109

Renzo Figueroa Aste

Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la Ley N°20.000 125

Jorge Muñoz Bravo

El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico 145

Carolina Zavidich Diomedi

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA): un fenómeno invisible 163

Macarena Car Silva

Reincidencia en personas condenadas por delitos sexuales 177

Karen Guzmán Valenzuela

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO

Artículos

Sobre la vigencia del delito de tala ilegal 195

Marcos Contreras Enos

Sentencias comentadas

Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua condena a una de las acusadas como autora del delito de lavado de dinero contenido en el artículo 27 de la Ley 19.913 207

Marcelo Contreras Rojas

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Sentencias Comentadas

El incumplimiento de la condición decretada en una suspensión condicional del procedimiento en causas sobre violencia intrafamiliar y el delito de desacato 255

María Cecilia Ramírez Guzmán

Procedencia de la medida cautelar de internación provisoria tratándose de la imputación de simple delito 278

María Angélica San Martín Ponce

Existencia de convivencia entre personas que cohabitan en un vagón de ferrocarriles 285

María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

En el período que comprende esta edición de la Revista Jurídica del Ministerio Público, el país se vio afectado por la catástrofe del terremoto y posterior *tsunami* del 27 de febrero.

La Fiscalía de Chile no se vio exceptuada de las consecuencias del cataclismo, y muchos inmuebles que cobijan a fiscalías regionales y locales en las zonas devastadas, quedaron inutilizables.

Pero lo acontecido no amilanó a nuestros funcionarios y fiscales, muchos de ellos afectados además en sus bienes, quienes supieron afrontar con valentía y decisión las penosas circunstancias vividas y no dudaron en actuar con ahínco para cumplir a cabalidad con nuestro mandato, aun en las zonas más dañadas por el sismo.

Este nuevo número de nuestra publicación, constituye una señal clara que, pese a atravesar por dichas excepcionales circunstancias, la institución prosigue su rumbo claramente definido en pos del cumplimiento de sus metas y proyectos orientados al afianzamiento de una persecución penal más eficiente.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. ACTUACIONES QUE SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La formalización de la investigación no es la única actuación o diligencia que suspende el curso de la prescripción, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que establece que las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, existen otras actuaciones que pueden tener el mismo efecto, como la que en este caso desarrolló la Fiscalía al citar e interrogar en la condición de imputado a determinada persona, toda vez que dicha diligencia queda comprendida en el inciso segundo del referido artículo 7° cuando prescribe que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia criminal, el ministerio público o la policía, en la que se imputare a determinada persona intervención en un hecho punible¹.

Texto completo:

Santiago, cuatro de enero de dos mil diez.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que a fs. 4 comparece la Sra. Ximena Morales Hyde, abogado, en representación de la querellante doña María Victoria Droguett Aguilera de los autos Rit 0-631-2009, seguidos por el delito de estafa contra J. B. P. M., deduciendo recurso de queja en contra del ministro señor Eduardo Meins Olivares, del fiscal del mismo tribunal señor Oscar Lorca Ferraro y del abogado integrante señor Francisco Pinochet Donoso, miembros de una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca, que dictaron la resolución

de tres de agosto del año en curso, mediante la cual decidieron revocar la resolución dealzada de siete de julio de dos mil nueve y declarar en su lugar el sobreseimiento definitivo de la causa en favor de J. P. M., por encontrarse extinguida su responsabilidad por prescripción de la acción penal.

2°.- Explica la recurrente que se inició investigación por el delito de giro doloso de cheques en contra de F. B. T., cónyuge del nombrado P. M., por el giro de cheques, protestados uno el 17 de diciembre de 2001 y el otro, el 16 de enero de 2002 y, que la investigación estuvo suspendida por una cuestión civil, reanudándose recién el 12 de diciembre de 2005, ocasión en la que se dio cuenta de la existencia

1 Sobre este mismo tema, ver sentencia comentada en Revista Jurídica del Ministerio Público, N°41, p. 11.

de sospechas de participación en los hechos, del cónyuge de la imputada, el referido P. M.. Sólo en marzo del año 2006, la señora B. reconoció que fue P. M., su marido, quien firmó los cheques de que se trata, razón por la cual, en agosto del año siguiente, el Ministerio Público decidió separar las investigaciones y no perseveró en la que se había iniciado primero por el delito de giro doloso de cheque s. Se formalizó a P. M. por estafa residual y en audiencia de preparación, después de haberse alegado por la defensa, y acogido por el tribunal, la incompetencia, se reclamó la prescripción de la acción penal, la que fue desestimada por el tribunal de garantía, decisión que, apelada, fue revocada por la Corte, resolución que es la que motiva el recurso de queja.

Sostiene esta parte que la prescripción se suspendió cuando el acusado P. M. declaró ante el Ministerio Público en calidad de imputado, lo que ocurrió el 20 de diciembre de 2006, aún cuando había sido sindicado por la querellante como sospechoso en diciembre del año anterior. Considera que la falta o abuso grave se ha cometido por el hecho de no haberse descontado del cómputo de prescripción el tiempo que el procedimiento estuvo suspendido por una cuestión civil; como asimismo que la Corte no se hizo cargo de la existencia de la formalización de la señora B.

3°.- Que en el informe evacuado en autos, los jueces recurridos alegaron que P. M. fue formalizado recién el 17 de diciembre de 2007 como autor de estafa residual, por hechos ocurridos el 17 de diciembre de 2001 y

el 16 de enero de 2002. Consideran que la formalización es una actuación personalísima, la que sólo se cumplió respecto de la Sra. B., y que no tuvo el mérito de suspender la prescripción del otro imputado, P. M., de modo que a la fecha en que este último fue formalizado, ya había transcurrido íntegramente el término de prescripción.

4°.- Que, efectivamente, la formalización, trámite de inicio del procedimiento judicial, mediante el cual el Ministerio Público, por intermedio del fiscal designado, comunica al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de determinado delito, produce entre sus efectos más importantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 232 del Código Procesal Penal, la suspensión de la acción penal en conformidad con lo prescrito en el artículo 96 del Código Penal.

Sin embargo no es esta la única actuación o diligencia que afecta el curso de la prescripción, produciendo idéntico efecto que el de la formalización, cual es la consagrada en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que establece que las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quién se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Esta primera actuación, que en este caso consistió en que la fiscalía citó e interrogó en la condición de impu-

tado a P. M., está contemplada en el inciso segundo de la disposición en comento, prescribiendo que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia criminal, el ministerio público o la policía, en la que se imputare a determinada persona intervención en un hecho punible.

5°.- Que aquello ha ocurrido precisamente en estos autos, como es posible advertir de lo expuesto en los alegatos de la querellante y, principalmente, del representante del ministerio público y de los documentos acompañados por éste, en que se comprueba que P. M. fue citado en calidad de imputado a prestar declaración ante la fiscalía de Linares, por orden de 24 de noviembre de 2006, lo que se notificó el día 27 de ese mismo mes y año (fs.39). A dicha citación concurrió previa designación de abogado patrocinante, por escrito admitiendo su calidad de imputado (fs.40) y en esa oportunidad fue advertido de sus derechos como tal, según se desprende de la copia de la declaración que prestó ante el ente persecutor y que está agregada a fs. 41 de estos antecedentes.

6°.- Que como necesaria consecuencia de lo que se ha dicho, es posible tener por establecido que al menos, el 24 de noviembre de 2006, el procedimiento ya se había dirigido contra el imputado P. M., hecho conocido por aquél necesariamente desde el día 27 de ese mismo mes. Luego, considerando que a mediados de diciem-

bre del año 2001 e inicios del año siguiente, aún se estaba perpetrando el delito, a la data en que se ordenó la citación antes referida, noviembre de 2006, no había transcurrido el plazo de cinco años que la ley señala para la prescripción de la acción penal.

7°.- Que, en consecuencia, cuando los jueces recurridos decidieron la revocación de la resolución en alzada, incurrieron en una grave falta o abuso, puesto que si bien es cierto, la formalización es una diligencia con efecto personal, tal como aquéllos lo aseveran en la resolución que se impugna, dicha razón resultaba impertinente a la cuestión reclamada, puesto que, como ya se analizó previamente, la actividad que la querellante y el ente persecutor habían desplegado en autos en términos de dirigir el procedimiento contra el imputado, era la materia que debió ser objeto de análisis.

8°.- Que al tenor de lo resuelto, se acogerá el recurso deducido y se invalidará la actuación abusiva.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo prevenido en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 4 y se invalida la sentencia de tres de agosto de dos mil nueve cuya copia corre agregada a fs. 2 de este legajo, decidiéndose en su lugar, que **se confirma** la resolución en alzada, atendido el hecho que la responsabilidad penal de P. M. en el delito de estafa residual investigado, no se encuentra prescrita, siendo improcedente, por lo tanto, el sobreseimiento por tal motivo.

No se ordena pasar los antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimarse que la infracción denunciada, si bien es grave, no reviste la entidad suficiente que amerite la imposición de una medida disciplinaria.

Acordada la decisión de no remitir los antecedentes al pleno de este tribunal, con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez, quien estuvo por cumplir con dicho trámite por estar así ordenado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que según su parecer entrega de manera soberana a ese tribunal la decisión acerca de la gravedad del hecho.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N°5511-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. OPORTUNIDAD DEL ACUSADO PARA DECLARAR EN EL JUICIO ORAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El artículo 326 del Código Procesal Penal establece la oportunidad en que el acusado puede prestar declaración en el juicio oral, esto es, luego de los alegatos de apertura, y si así desea hacerlo, debe manifestar libremente lo que estime conveniente respecto de las acusaciones que le fueron formuladas, para luego someterse al interrogatorio del fiscal, del querellante en su caso y del defensor, en ese orden. Incluso, junto a lo anterior, los jueces también tienen la posibilidad de realizarle preguntas aclaratorias, al finalizar los interrogatorios de las partes.

Pero, si opta por hacerlo en la oportunidad prevista en el artículo 338 del Código Procesal Penal, deberá someterse al contraexamen correspondiente y deberá soportar las consecuencias que pudieren derivarse de ese hecho y además la incorporación de la información surgida de sus dichos en el análisis de la prueba y que eventualmente ésta sea considerada por los jueces como prueba en su sentencia, de manera tal que lo que en realidad permite dicho artículo, es una oferta de última palabra, que tiene un efecto más bien simbólico y que debiera limitarse a expresiones sin un contenido informativo que pueda ser contraexaminado.

Texto completo:

Santiago, cinco de enero de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos Rol Único de causa 0700690491-7 e Interno del tribunal 231-2008, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, fechada el treinta de septiembre de dos mil nueve, la que en lo decisorio condenó a Miguel Hernán López Nebreda respecto de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público, en cuanto a ser considerado autor de dos delitos de robo con intimidación, y otros

tantos de receptación, todos en grado de consumados, y que fueran perpetrados entre los meses de septiembre y octubre de 2007, en la comuna de Talca, estableciendo como pena única para todos los ilícitos la de diecisiete años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes, así como el pago de las costas del procedimiento.

En contra de la anterior decisión, a fojas 42 y siguientes, el defensor particular, señor Roberto Montecinos Flores, en representación del imputado López Nebreda, dedujo un recurso de nulidad fundado en dos causales, con el carácter de subsidarias una de la otra, y que a continuación se indican:

A. La del artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, vinculada al cuestionamiento de la negativa del tribunal oral de permitir que el acusado hiciera uso del derecho que le otorga el artículo 338 del mismo texto ya citado, en cuanto a manifestar libremente lo que estimare pertinente al concluir la audiencia, lo que relaciona con la garantía del debido proceso; y,

B. La del artículo 374 letra e), del Código Procesal Penal, constituida por la omisión en la sentencia, respecto de un análisis claro, lógico y completo de la prueba rendida.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 59.

La audiencia pública se verificó el dieciséis de diciembre pasado, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Roberto Montecinos Flores, en representación del imputado López Nebreda; y a continuación intervino el abogado Sr. Hernán Ferrera, que lo hizo por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 62.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el recurso de nulidad interpuesto en lo principal del libelo de fojas 42 a 46 de estos

antecedentes se invocan dos causales: la primera se construye a partir de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, denunciando como normas infringidas el artículo 338 del mismo texto ya citado y el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que, sobre lo anterior, se cuestiona por el impugnante el que la sentencia no se construye a partir de un proceso previo legalmente tramitado, el que en su criterio dejó de ser racional y justo respecto de su representado. Ello aconteció momentos antes a que culminara el juicio oral, en que de conformidad al artículo 338 del Código Procesal Penal, el tribunal debe otorgar la palabra al acusado para que manifieste lo que estime conveniente, lo que le fue impedido por decisión de mayoría, pues el acusado al comenzar su intervención, refiriéndose a los hechos y a la prueba, fue interrumpido, siendo advertido que si seguía refiriéndose a esos extremos, se le sometería a un interrogatorio formal por parte del Fiscal, el Defensor y eventualmente los jueces.

TERCERO: Que, lo anterior supuso vulnerar el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, al haberse conculcado el derecho de defensa que tiene el propio enjuiciado, precisamente en

la oportunidad que le otorga literalmente el artículo 338 del código procedimental que rige la materia, ello por no permitírsele hacer uso de la palabra con el objeto de manifestar libremente lo que estimara conveniente, aspecto que no es susceptible de una doble interpretación.

CUARTO: Que, en lo que toca a la segunda motivación del recurso de nulidad, ella se establece al amparo del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, por cuanto el veredicto impugnado no cumplió con la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren esas conclusiones.

Lo anterior se circunscribe a los dos delitos de robo con intimidación, en los cuales se dio por establecida la participación en concepto de la mayoría de los jueces, según aparece del motivo décimo, no obstante que se aprecian las siguientes inadvertencias:

a.- Se omitió -en el primer delito de robo con intimidación-, el análisis de la declaración prestada en juicio por el primer testigo de cargo del Ministerio Público, el Sargento de Carabineros de apellido Montecinos, el primero en llegar al sitio del suceso y entrevistarse con el ofendido, señalando que en el estacionamiento no había luz, que estaba oscuro y no vio el rostro de los enjuiciados. En el juicio agregó que sólo les vio las ropas; luego, en el fallo, contradicto-

riamente, se menciona a otro funcionario de apellido Flores, respecto del cual no consta que haya estado en el lugar, ni menos que haya declarado, reconociendo que podría tratarse de un error de transcripción en el fallo, confundiendo los apellidos, pero igualmente expresa que se mantiene la duda, dada las oportunidades que se repite.

b.- Omisión del análisis correspondiente respecto de la diferencia que se aprecia entre las versiones entregadas por la víctima de apellido Urbina, efectuada, la primera, en la madrugada del día de los hechos, la que luego repite en el cuartel policial, consistente en que no podía reconocer a nadie, ya que no le vio el rostro a los asaltantes. Sin embargo, la sentencia no explica cómo, luego de transcurrido un mes y medio, puede el testigo reconocer de un set fotográfico exhibido, en un 80%, al acusado de autos, que coincidentemente ya estaba detenido en esa oportunidad. Esa sola circunstancia afectaba la fiabilidad de cualquier reconocimiento posterior, impidiendo alcanzar el grado de certeza exigido para una decisión de condena.

c.- Omisión de los jueces de mayoría, en el segundo delito de robo con intimidación, de todo análisis respecto de los dichos de una de las víctimas de apellido Fuentes, quien señaló en el reconocimiento efectuado en la SIP de Carabineros, que identificaba a una persona parecida a uno de los asaltantes, quien coincidentemente ya estaba detenido en el mismo cuartel. Aconteciendo lo mismo con el testigo Castro, agregando este último

que el asaltante era gordito, no obstante que el enjuiciado no lo es, ni siquiera tiene la cara redonda, a lo que debe agregarse lo expresado por el Cabo Barriga, en cuanto señaló conocer previamente al acusado, a quien describe incluso como más delgado, de todo lo cual, concluye el recurrente, que el verdadero autor de los delitos de robo con intimidación es un sujeto diferente del juzgado, por lo tanto sólo podría responder por la receptación de las especies encontradas en su domicilio, y

d.- Por último, reclama del hecho que en el juicio oral ninguna de las víctimas de los ilícitos reconoció al acusado, entendiéndose que al establecer de igual forma su participación criminal, ello supuso vulnerar el principio de inmediación de los juicios orales.

QUINTO: Que, por último, se señala en el libelo, que todas las anteriores anomalías detectadas en las dos causales de nulidad esgrimidas en su recurso, suponen la necesaria invalidación del fallo condenatorio dictado en perjuicio de su defendido. Solicita la nulidad de la sentencia y del juicio oral, disponiendo la realización de un nuevo juicio, ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, todo con costas.

SEXTO: Que, para la acreditación de las causales invocadas por el recurrente, la defensa de López Nebreda no ofreció prueba alguna al respecto.

SÉPTIMO: Que, en lo que toca al análisis de la primera causal, debe expresarse preliminarmente que en

lo que atañe a la vulneración de las reglas del debido proceso, la doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista “un proceso racional y justo” incluye el que siempre exista un procedimiento que ostente la presencia de un contradictor y que las partes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones. A su tiempo, es necesario también considerar que el principio llamado del “debido proceso”, ubicado en el capítulo tercero de la Constitución, destinada a establecer los derechos y deberes constitucionales, indica en su artículo 19, N°3, inciso 5°, que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo, y de una investigación, ambos racionales y justos.

Esta garantía tiene su antecedente en la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica, esto es, forma parte de la temática de los Derechos Humanos y nació hacia el interior de la defensa de ellos en todo orden de situaciones y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso

penal. En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho a fin que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar. La garantía se satisface con diversos principios como son, entre otros: (1) derecho a juez natural, (2) juez independiente e imparcial, (3) derecho a un juicio previo y público, (4) derecho a presentar pruebas de descargo y a examinar la prueba de cargo, (5) derecho a ser juzgado en proceso tramitado conforme a la ley; y, (6) derecho a una defensa técnica. Por otro lado, puede decirse también que ello se resume en cuatro características: a) audiencia, b) bilateralidad, c) igualdad y d) celeridad.

OCTAVO: Que este mandato puntualmente va dirigido al legislador, pero no todo quebranto de esta naturaleza puede tener el carácter de violación de norma superior y ello se percibe claramente cuando se ha legislado mediante normas procesales expresas que tratan precisamente la materia en que se inserta el reproche. Y, en todo caso, el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (Miguel Otero, Código Procesal Penal, Editorial Conosur, 2002,

p. 109). Son las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el juicio las que deben verse efectivamente menoscabadas o entrabadas.

NOVENO: Que de lo anteriormente anotado, cabe concluir que la infracción a la referida garantía constitucional no se subsume en los hechos que expone el recurrente, pues de los fundamentos del recurso no se divisa en la actuación del tribunal maniobra o resolución que prive a la defensa del imputado López Nebreda el ejercicio de los derechos que la ley y la Constitución Política de la República le reconocen. En efecto, el acusado se encontraba presente, estaba asistido por defensa letrada, se le comunicaron las decisiones que le afectaban, señalando los fundamentos -que el recurrente compartirá o no- de lo resuelto, pero de ninguna manera se aprecia que se haya verificado la privación de derecho alguno de aquellos reconocidamente integrantes de la garantía que se supone conculcada.

DÉCIMO: Que, a mayor abundamiento, debe señalarse que la declaración del imputado se encuentra estrechamente vinculada con diversos aspectos del funcionamiento del sistema procesal penal en vigencia, como son su estatuto de derechos, las facultades de la policía, las estrategias de litigación de las partes y las facultades judiciales en la producción de prueba. Y es en la oportunidad que entrega el artículo 326 del Código Procesal Penal -luego de los alegatos de apertura-, en que se ofrece la posibilidad al acusado de prestar declaración. Y si así desea hacerlo, debiendo

manifestar libremente lo que estime conveniente respecto de las acusaciones que le fueron formuladas, para luego someterse al interrogatorio del fiscal, querellante y el defensor, en ese orden. Incluso, junto a lo anterior, los jueces también tienen la posibilidad de realizarle preguntas aclaratorias, al finalizar los interrogatorios de las partes.

En esa actividad, al acusado se le exhorta a decir verdad acerca de lo que se le pregunta en el juicio, por lo que en caso de mentir no tiene responsabilidad penal por los delitos vinculados.

En consecuencia, su declaración o su silencio son expresión de su autonomía y la manifestación más importante de su derecho a defensa, las que están protegidas con miras a garantizar que se ejerciten de manera completamente voluntaria, aspectos que han sido debidamente respetados y cumplidos por los jueces del fondo, y que en todo caso no aparecen cuestionados por ninguna de las partes del juicio. A todo lo cual cabe agregar que conforme se aprecia del motivo tercero del fallo que se cuestiona, expresamente allí se consignó que el acusado se asiló precisamente en su derecho a guardar silencio y no declaró.

UNDÉCIMO: Que, despejado lo anterior, y en el entendido que el estatuto de esa actividad se encuentra en el artículo 326 del Código Procesal Penal, debe agregarse que aquello está en perfecta armonía con lo que dispone el artículo 98 del mismo texto ya citado, en donde se reconoce

el derecho del enjuiciado a declarar durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas como medio de defenderse de la imputación que se dirige en su contra, y siendo el juicio oral la etapa más importante del proceso, permite, además, que el acusado resuelva con libertad en qué momento del mismo prestará su declaración, si así lo resuelve.

DUODÉCIMO: Que, si bien el artículo 326 del Código Procesal Penal, la ubica luego de los alegatos de apertura; y mas adelante, por su inciso final, permite que en cualquier estado del juicio pueda ser oído nuevamente pero para aclarar o complementar sus dichos; lo cierto es que conforme a lo afirmado en la parte final del motivo anterior, debe interpretarse integralmente como el derecho a defenderse en el momento que así lo establezca el enjuiciado, incluso de acuerdo a consideraciones estratégicas. Sin embargo, no será neutra la consecuencia del momento que se elija para prestarla, pues si ello ocurre en etapas tardías del juicio, conlleva un eventual desgaste en la credibilidad de algunas de sus afirmaciones, pues se haría luego de haber escuchado todas las pruebas, a lo que cabe sumar que en todo caso, lo será con la limitante de que deberá soportar la carga de que sus dichos puedan ser utilizados como prueba en su contra y la obligación de someterse al contraexamen del o de los acusadores.

DÉCIMO TERCERO: Que, conforme se aprecia de lo que se viene señalando, lo expresado por el artículo 338 del Código Procesal Penal, en donde se precisa que una

vez concluidos todos los actos del juicio se otorgará al imputado la palabra para que manifieste lo que estime conveniente, reitera la regla general del artículo 98 del mismo código, esto es, que el imputado tiene derecho a defenderse y a declarar en cualquier momento, pero si opta por hacerlo en esa oportunidad final, deberá someterse al contraexamen del fiscal y deberá soportar las consecuencias que pudieren derivarse de ese hecho y la incorporación de la información surgida de sus dichos en su análisis de la prueba y que eventualmente ésta sea considerada por los jueces como prueba en su sentencia. Por ello es que lo lógico sea que el defensor incluya la declaración del enjuiciado -si así lo decide-, en algún orden de las pruebas que él presentará, para así evitar tener que reabrir el debate en el momento final. Por lo tanto, lo que en realidad permite el artículo citado al comienzo del presente motivo, es una oferta de última palabra, que tiene un efecto más bien simbólico y que debiera limitarse a expresiones sin un contenido informativo que pueda ser contraexaminado.

DÉCIMO CUARTO: Que, contrastado lo anterior, con lo ocurrido en el caso propuesto, aparece de manifiesto que el acusado, en la oportunidad procesal respectiva, manifestó expresamente que no deseaba prestar declaración y decidió en consecuencia guardar silencio. Luego, en el momento final, ya rendida toda la prueba ofrecida y efectuados los alegatos finales y réplicas, se le brindó al acusado la palabra, momento en que éste comenzó a referirse a los

extremos de la acusación. Lo anterior suponía que se estaba argumentado como medio de defensa, y en tal evento debía someterse al necesario control de los intervinientes, por lo que fue acertadamente advertido por el tribunal oral de estar incurriendo en dicha situación. Ante lo cual, asesorado por su defensor particular presente en la audiencia, decidió que no haría uso de tal facultad, por entender erróneamente que dicha normativa le consagraba una suerte de derecho a decir lo que quisiese, lo que conforme a lo expresado anteriormente no es tal -en la medida que decida declarar efectivamente-, por lo que los jueces del fondo actuaron conforme a derecho al resolver de la forma que se indica, lo que genera como consecuencia que no se produzca la mentada vulneración de la garantía del debido proceso, lo que conlleva que la primera causal esgrimida en el recurso no pueda prosperar.

DÉCIMO QUINTO: Que, en lo que se refiere a la segunda causal de nulidad, circunscrita al artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal; debe expresarse en primer término, que se cuestiona por el recurrente la falta de razonamientos respecto de los aspectos expresados entre las letras a) a d) del motivo cuarto de la presente sentencia; que en algunos casos echa de menos un “*análisis completo*” de dichos tópicos; o el que la sentencia “*tampoco se hace cargo de manera clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que dieron por probados ni analizan debidamente los medios de prueba que los llevan a esa conclu-*

sión”. Al respecto, debe aclararse que la señalada omisión o ausencia no es tal, lo que se concluye con la sola lectura del fallo impugnado, de lo cual fluye de manifiesto que la molestia real del recurrente está circunscrita a la valoración efectuada por los jueces del fondo, la que no comparte.

DÉCIMO SEXTO: Que, lo anterior se aprecia en especial de los motivos séptimo y décimo, en donde el fallo se encarga de indicar pormenorizadamente las probanzas, reproduciendo los razonamientos que se tuvieron en consideración para llegar a las conclusiones que allí mismo se consigan.

Así, en cuanto al primer delito de robo con intimidación, ocurrido el día 5 de septiembre de 2007, se analizó -contrariamente a lo expresado por el recurrente-, el contenido de la declaración prestada en juicio por el primer testigo de cargo del Ministerio Público, el Sargento de Carabineros de apellido Montecinos, y efectivamente se contiene el estudio respecto de las versiones entregadas por la víctima de apellido Urbina en cuanto al reconocimiento del enjuiciado, expresando que *“fue determinante la declaración prestada por el ofendido, en estrados, en cuanto a que en la diligencia de reconocimiento fotográfico, realizada en dependencias del Retén Carlos Trupp, el día 17 de octubre de 2007, reconoció al acusado, López Nebreda, dentro de un set de varias fotos, en un porcentaje de un 85 a 90 pues ese día no le vio el pelo porque usaba un gorro que se lo tapaba, pero sí pudo ver su rostro, en los momentos en que éste avanzó un poco para decirle “quédate ahí” y*

porque además él ingresó a la bodega, aproximadamente dos metros, permaneciendo a una distancia de cuatro a cinco metros de los individuos. Explicó que la circunstancia de haber dicho el día de los hechos que no le vio el rostro porque estaba oscuro y, sin embargo, posteriormente, lo reconoció, se debió a que “puede que haya dicho, por los nervios de los balazos, que no le vi el rostro, pero después, uno empieza con más calma a recordar” y ahí se puede decir las características. Explicación que a juicio del tribunal parece razonable y creíble, por lo demás, Urbina siempre dijo que el sujeto que lo apuntó con el arma de fuego, andaba con gorro y, así las cosas, es imposible que el reconocimiento sea en un 100%, de tal modo, que la calificación de un 85 a un 90%, señalada en el tribunal, parece la adecuada. Lo que unido, a la circunstancia de haber reconocido en la Tenencia Carlos Trupp, la camioneta incautada a López Nebreda, como aquella que estaba cargada con mercadería en la bodega de la empresa el día de los hechos, refuerza el reconocimiento fotográfico”.

Como se aprecia, el análisis y conclusión si se contienen en el veredicto, en el cual se agrega que: *“se estableció que dicho móvil, que estaba estacionado en el domicilio del acusado, era de dominio de su padre Miguel Angel López Avalos, según consta en el certificado de inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados del Registro Civil, por lo que es, plausible que López Nebreda lo condujera, pero, lo más decidor para su reconocimiento fueron las llantas desplazadas, lo que llevó al ofendido a reconocerla sin lugar a dudas, ya que, el día 5 de septiembre pudo verla bien e,*

incluso como él dijo, se apoyó en ella para revisar si tenía el logo de la empresa. Refuerza lo anterior, que en la casa del acusado, se encontraran mercaderías producto del robo perpetrado el día 5 de septiembre de 2007, lo que había dado origen a una investigación, en la cual se tenía el antecedente que éste estaba vendiendo y regalando vinos y licores, lo que llevó a diligenciar las órdenes de entrada y registro, que se hicieron efectivas el día 17 de octubre de 2007, por lo que es imposible que correspondieran al delito del día 15 de octubre”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en lo que se refiere al funcionario Richard Montecinos Bravo, éste aparece debida y reiteradamente individualizado y coincidente con lo declarado por él en el juicio en los motivos: primero, circunscrito a la imputación; segundo, relativo a la defensa; cuarto, referente a la prueba del Ministerio Público; en la letra a) del sexto, correspondiente a la descripción de los hechos establecidos en el juicio y en el séptimo, donde finalmente es valorada. Y si bien es cierto que en el décimo, vinculado a la participación, se le refiere en su lugar y en dos oportunidades como “Flores”; aquello, tal como lo reconoce el propio recurrente en su libelo, se trata solamente de un error formal al momento de transcribir su apellido, toda vez que se vuelven a consignar y valorar las mismas versiones ya recogidas y valoradas en la sentencia reclamada correspondientes al funcionario de Carabineros Montecinos Bravo, indicando el veredicto que: *“la alegación efectuada por la defensa en orden a que el Carabiniro Flores dijo que el ofendido estaba*

tranquilo y normal, carece de relevancia, pues es sólo su apreciación, ya que ello se desvirtuó con los dichos de los testigos que estuvieron con él, en momentos inmediatos a la ocurrencia de los hechos: Rolando Salgado Rojas, “se veía asustado, se veía que había sido atacado”; Marcos Segundo Chávez Cancino, “estaba super asustado, nervioso”; los funcionarios de la SIP, Díaz Palma y Barriga Vilches “estaba muy nervioso” y “estaba nervioso, por eso a lo mejor dijo que no le vio el rostro”, respectivamente. También, se rechaza la aseveración de que el lugar estaba oscuro y que por eso, el ofendido no le pudo ver el rostro al sujeto que lo apuntó, pues se acreditó que si bien no había iluminación propia, si había visibilidad suficiente como para ver los rostros y otros detalles como las vestimentas, pues desde el primer momento. Urbina señaló como eran las vestimentas, lo que lleva a concluir que si había visibilidad, la que provenía desde otro local que permanece toda la noche iluminado.- El Carabiniro Flores, dijo que estaba oscuro, pero él no refirió si ingresó a la bodega o sólo permaneció en el exterior, pues su función era resguardar el sitio del suceso y no inspeccionarlo”.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en lo que guarda relación con el segundo robo con intimidación, acaecido el día 7 de septiembre de 2007, la supuesta omisión del análisis que se echa de menos por el recurso, se relaciona con los dichos de una de las víctimas de apellido Fuentes, el testigo Castro, y el funcionario de apellido Barriga, en lo que se refiere a la fisonomía del acusado de autos, las que contrariamente a lo mani-

festado-, aparecen analizadas y valoradas en el motivo séptimo, donde se indicó que se probó con los dichos del ofendido José Fuentes Sobarzo, quien describió los hechos en forma circunstanciada, explicando la acción desplegada por cada uno de los cuatro sujetos que intervinieron en los mismos, señalando además, el medio en el cual se desplazaban, una camioneta blanca, marca Nissan. Manifestando que el día de los hechos, alrededor de las 17:30 horas, o sea, mientras había luz natural, en los momentos que conducía el camión Mercedes Benz de propiedad de Henríquez Hermanos Ltda., por la calle de servicio de la Ruta 5 Sur y a la altura del kilómetro 255, antes de llegar a un disco "PARE", se le cruzó una persona, que le obligó a detenerse abruptamente, mientras otro sujeto ubicado al frente que apareció por el lado izquierdo, lo apuntaba con un arma de fuego a una distancia, que el tribunal estimó en 5 metros, cuando se le pidió que demostrara cuanto era los 10 metros que él decía; que lo obligó a bajarse del móvil y acorraló contra la carrocería del camión, lo que permitió que le viera el rostro porque ahí lo tuvo a una distancia de menos de 1 metro, a la vez que el sujeto que se le cruzó, se subió a registrar el camión, sacándole desde la cabina un bolso de cuerina color café. En el intertanto, otros dos individuos se aproximaron a la ventana del lado del copiloto y colocaron un arma de fuego en las costillas del peoneta, Alexis Hernán Castro Valenzuela, obligándolo a él y a su compañero Juvenal que agacharan las cabezas, conminándolos a entregar el dinero y un celular, respectivamente,

para acto seguido, darse a la fuga, no sin antes efectuar dos disparos.

DÉCIMO NOVENO: Que, se añade, que en un reconocimiento fotográfico, practicado el mismo día en que reconoció su especie, esto es, el 17 de octubre de 2007, indicó a los Carabineros que había un sujeto, que después supo que se llamaba Miguel Hernán López Nebreda y por eso lo dijo en la Fiscalía el día 13 de diciembre de 2007, que era parecido al que lo apuntó, relato que se valoró como acorde con lo expuesto por el afectado, Alexis Hernán Castro Valenzuela, el que fue enfático en señalar que el acusado intervino en los hechos, describiendo su participación y el momento en el cual pudo verle el rostro y la hora de ocurrencia de los hechos, cuando aún había luz natural. Expresando que el día de los hechos iba en el camión junto a Juvenal Cortés en la cabina del camión que conducía José Fuentes Sobarzo, por la calle de servicio al llegar a un puesto de pollos, alrededor de las 17:00 horas, cuando todavía había luz natural, cerca del disco "PARE", vieron que habían cuatro personas, dos a cada lado. En la tenencia Trupp reconoció sin dudar, en un 100%, dentro de un set de 12 a 15 fotografías, al sujeto que apareció de frente cuando se detuvieron para no atropellar al que se les cruzó, quién usaba pelo corto, de unos 30 ó 40 años de edad, de 1,70 metros de altura y era como más gordito, que correspondía a Miguel Hernán López Nebreda, según lo que le manifestaron, posteriormente, los Carabineros; era el que estaba a unos 10 ó 5 metros, demos-

trando en el tribunal la referida distancia, la que se estima en no más, de cinco metros.

VIGÉSIMO: Que, se concluye en el fallo que esos relatos fueron congruentes con lo expuesto por la funcionaria de la Policía de Investigaciones, Irina Angélica Casanova Figueroa, quien fijó el sitio del suceso, especialmente, el disco “PARE” y el camión en el cual transitaban el día de los hechos, señalética que fue mencionada por ambos ofendidos y cuyas fotografías fueron exhibidas durante la audiencia; y también, con los dichos del planimetrista de la Policía de Investigaciones, Miguel Mauricio Sáez Zúñiga, quién levantó un croquis del sitio del suceso, el que explicó, aludiendo al disco “PARE”, que los ofendidos, en el juicio, citaron como punto de referencia para indicar en que parte se les cruzó uno de los sujetos y donde se desarrollaron los hechos. Especialmente relevante resultó -a juicio de los jueces orales-, los dichos de los funcionarios de la SIP, Díaz Palma Barriga Vilches, en cuanto señalaron que, cuando José Fuentes Sobarzo, acompañó a Chávez Cancino a reconocer especies provenientes del robo que afectó a Viña El Aromo, siendo positivo respecto de un bolso de cuerina color café, afirmando que se la habían sustraído cuando conducía el camión de la empresa el día de los hechos, describiendo el modus operandi, el número de partícipes, vehículo en el que se desplazaban los hechos y el tipo de especies sustraídas, relato que coincide con el prestado en el tribunal por los ofendidos Fuentes Sobarzo y

Alexis Castro Sepúlveda; que también presenciaron el reconocimiento fotográfico que éstos hicieron en la unidad policial, en virtud del cual identificaron en una foto a López Nebreda como uno de los autores del hecho y también, la camioneta blanca marca Nissan que era de propiedad de Miguel Angel López Avalos y que fue incautada desde el domicilio de López Nebreda, por cuanto, habitualmente, la conducía.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, de esa forma, en el veredicto condenatorio recurrido, se determina que ambos ofendidos, estuvieron contestes en cuanto al lugar de los hechos, número de partícipes, acción desplegada por ellos, la ubicación que éstos tuvieron en el desarrollo de los hechos, elementos que se suman a los entregados en el motivo décimo del mismo, en donde se expresa que la imputación efectuada directamente por el ofendido Alexis Hernán Castro Valenzuela, fue clara y precisa en que reconoció al acusado dentro de un set fotográfico que le exhibieron en la Tenencia Carlos Trupp, que en ningún momento dudó y que tampoco fue inductivo, pues los Carabineros, nada le dijeron al respecto, sólo le mostraron las fotografías y cuando él lo reconoció le dijeron como se llamaba. A mayor abundamiento, agrega el fallo, que éste testigo también reconoció la camioneta en la que se desplazaban los cuatro sujetos el día de los hechos, la que se encontraba estacionada en dicha unidad policial con motivo de haberla incautado en el domicilio de López Nebreda, la cual pertenecía a su padre. De otro

lado, en cuanto a la alegación efectuada por el defensor, en orden a que el testigo Alexis Castro Sepúlveda indicó que el sujeto que él vio era “gordito”, característica que no correspondería al acusado. Al parecer de la mayoría de los jueces, se trata de una apreciación subjetiva, ya que lo que el testigo dijo, según el audio fue que: “era como más gordito”, lo que impresiona como una comparación en relación a otro sujeto, más que al sentido propiamente tal de referirse a una persona con sobrepeso. Por lo demás, según el principio de inmediación, las jueces de mayoría no estimaron que fuere una apreciación errónea del ofendido, pues tal como se señaló ello era eminentemente subjetivo, ya que al acusado podía catalogarse de esa forma por el encaje de su rostro. A mayor abundamiento, se indicó que ello no tiene incidencia en esa diligencia, porque Alexis Castro Sepúlveda fue claro en señalar que lo reconoció plenamente.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en la misma sentencia, en lo que toca a la petición de restar valor probatorio al reconocimiento fotográfico que hizo el ofendido, José Rosa Fuentes Sobarzo, en la Tenencia Carlos Trupp, por cuanto éste sólo manifestó que era “parecido”, y, en consecuencia, no reuniría el carácter que exige la ley. Se resolvió que aquél no debía merecer duda alguna, expresando que: *“dado lo señalado por los funcionarios policiales que presenciaron dicha diligencia, respecto a que fue pleno y sin vacilación y, a la actitud del ofendido al momento de prestar declaración de exigir hacerlo detrás de un biombo*

al igual que Alexis Castro Sepúlveda, no obstante, encontrarse caracterizado, atribuyen el cambio de parecer a miedo o temor de reconocer al sujeto que, justamente, lo intimidó con arma de fuego y, por eso, autorizaron esa forma de dar su testimonio y, no por ello, se menoscabó el principio de inmediación, pues los jueces observaron, en todo momento, el comportamiento y actitud de ambos ofendidos, al momento de prestar declaración”.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por lo demás, se indicó que en todo caso, si se le restaba valor a esa diligencia, la participación se puede inferir igualmente por la circunstancia de haberse encontrado el bolso de cuerina de Fuentes Sobarzo en el domicilio de la calle 11 Sur 3816 de la Villa Doña Consuelo, domicilio al cual accedía, normalmente, el acusado López Nebreda, según lo manifestado por el testigo reservado, pues no dio explicación alguna a esa circunstancia, disquisición que, atendido el reconocimiento que realizó Castro Sepúlveda, no tiene relevancia en el establecimiento de la participación del acusado en dicho ilícito, resolviendo finalmente el rechazo de la petición de absolución formulada por la defensa del acusado respecto de los dos delitos de robo con intimidación y de los hechos constitutivos de receptación, descritos en las letras d) e) y g).

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por

esta vía, en donde se ha denunciado como fundamento la falta o ausencia de análisis completo de la prueba rendida, agregando la omisión de alguna de las probanzas, extremos que no son tales, por haberse demostrado en las consideraciones anteriores que fueron efectivamente consideradas y valoradas, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

VIGÉSIMO QUINTO: Que sobre la motivación de una sentencia, como lo ha señalado esta Corte Suprema, se ha resaltado la importancia que todo fallo cumpla con los fundamentos de claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos (Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XXV, Sección 1ª., pág. 156, año 1928). En este contexto surge la distinción racional sobre lo que constituye en efecto el fundamento del fallo por parte de los jueces, distinguiendo lo que son las motivaciones, fundamentaciones, justificaciones y argumentaciones, problema resuelto por la jurisprudencia comparada al señalar que hay ausencia de fundamento tanto cuando este se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad.

La motivación de las sentencias constituye una faceta o cariz de un “justo y racional procedimiento” como exige nuestra carta fundamental, que debe cumplirse, por ser esta la ocasión en que el Estado, por medio del órgano

jurisdiccional, responde al derecho de petición y especialmente a la acción intentada en el proceso, lo cual, sin duda, debe tener en consideración el tribunal superior al revisar eventualmente la decisión.

VIGÉSIMO SEXTO: Que como se advierte en el caso en estudio, la sentencia recurrida no omitió los requisitos previstos en el artículo 342, letra c), que exige como contenido de ella, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. En el cual el tribunal se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que desestimó, indicando en tal caso las razones que tuvo en cuenta para hacerlo, aspectos que fueron cumplidos en la especie, conforme ya se expresó en los motivos anteriores, aspecto que permite perfectamente la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del código ya mencionado pueda prosperar, lo conlleva el rechazo en todas sus partes del recurso interpuesto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 342, letra c), 360, 372, 373 letra a), 374, letra e), 376, 379 y 384, todos del Código Procesal Penal, se decide:

I.- Que, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad promovido en el libelo de fojas 42 a 46, ambas inclusive, por el abogado Roberto Montecinos Flores, en representación del imputado Miguel Hernán López Nebreda, de conformidad a lo razonado en los basamentos que anteceden, el que fuera dirigido en contra de la sentencia emanada del Tribunal Oral de la ciudad Talca, de fecha treinta de septiembre de dos mil nueve, que rola de fojas 1 a 41, ambas inclusive, del presente cuaderno, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña.

Rol N°7351-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

RECURSO DE QUEJA RECHAZADO. CONTROL DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA AL TENOR DEL ARTÍCULO 336 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El artículo 336 del Código Procesal Penal contempla una facultad proporcionada a los jueces del fondo para disponer la recepción de pruebas no ofrecidas oportunamente, la que opera exclusivamente a petición de alguna de las partes y que, por tratarse de un arbitrio, no es controlable por la vía del recurso de nulidad, al corresponder su otorgamiento de forma soberana al criterio de los jueces de la instancia.

En todo caso, tanto en el caso que el tribunal ejerza dicha prerrogativa y decida recibir una prueba nueva, como en la situación en que resuelva negarla y no admitir la recepción de la misma, obviamente debe fundar tal decisión, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 36 del Código Procesal Penal, razonamiento que en la hipótesis del inciso primero del artículo 336, deberá recaer en la justificación de la falta de conocimiento previo de la prueba que se ofrece y en la del inciso segundo, deberá decir relación con el surgimiento de una controversia probatoria en los términos allí señalados y con el hecho de no haber sido posible prever su necesidad.

Texto completo:

Santiago, diecinueve de enero de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos N°6711-2009, el abogado Juan Carlos Manríquez Rosales, en representación de L. T. E. B., ha deducido el recurso de queja de fojas 11 a 20, en contra de los Ministros señores Hugo Fuenzalida Cerpa y Jaime Arancibia Pinto, por cuanto en su calidad de integrantes de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, incurrieron en falta o abuso grave al pronunciar la resolución de catorce de septiembre de dos mil nueve, en la causa N°789-2009, rol de ingreso de esa Corte, que

desechó el recurso de nulidad intentado por el quejoso contra el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, extendido en el proceso RIT N°63-2009 252-2008, el treinta de mayo de dos mil nueve, por el cual se le condenó por su responsabilidad de autor de violación de una menor de edad, a sufrir seis años de presidio mayor grado mínimo y en calidad de autor de abuso sexual contra la misma menor, a purgar cuatro años de presidio menor grado máximo.

Arguye el recurrente, como motivo de falta o abuso grave, el que la Corte haya desestimado el recurso de nulidad interpuesto por su parte contra el laudo condenatorio y que descansaba en el artículo 374, letra c), del

Código Procesal Penal, sin aplicar el artículo 336 del mismo estatuto, apreciándose el abuso en que los recurridos, al igual que el tribunal de la instancia, efectuaron una valoración anticipada negativa del medio de prueba ofrecido, consistente en el atestado del médico urólogo Carlos Carmona Soto, lo que resulta improcedente, puesto que se cumplían los presupuestos objetivos de la norma, tal como lo consignó el voto en contra de la Ministra señora María Angélica Repetto García.

Asevera que para negar la procedencia de la prueba nueva y para desechar la existencia de un vicio por dicho motivo, se realiza un cuestionamiento sobre el hecho que el inculpado no hubiese alegado la disfunción eréctil que le impedía la cópula, en las etapas previas al juicio oral, con lo cual, de antemano se ha puesto en duda la tesis mantenida por el acusado y de la cual la defensa sólo tomó conocimiento durante el juicio oral y a propósito del testimonio de la polola de éste.

Agrega que con ello se ha afectado el derecho a defensa y en particular, a rendir prueba de descargo, dejando a su parte en la imposibilidad absoluta de enervar la imputación principal.

De este modo y tal como lo expresa la aludida disidencia, los miembros del tribunal, fundaron su negativa a recibir la prueba nueva ofrecida, no en el hecho objetivo invocado por la defensa, relativo a que ella no se pudo ofrecer con anterioridad por no haber tenido conocimiento de la misma, sino tan sólo en la circuns-

tancia que la alegación impetrada les pareció inverosímil, atendidas las condiciones personales y culturales del agente.

Se trata entonces de una causal de exclusión no contemplada en la ley y que, por tanto, importa una falta o abuso grave que sólo puede ser reparada mediante el presente recurso de queja, que busca dejar sin efecto la resolución impugnada y que en su lugar, se acoja el recurso de nulidad promovido contra el dictamen del Tribunal Oral en lo Penal, por la motivación del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal y se disponga la realización de un nuevo juicio oral, donde se reciba la prueba no ofrecida oportunamente.

Informando los recurridos, de fojas 40 a 42, exponen que efectivamente rechazaron el recurso de nulidad entablado en la causa N°789-2009, rol de esa Corte, pues conculcó el derecho de defensa del encausado, por cuanto durante el desarrollo del juicio oral el tribunal desechó su petición de rendir prueba nueva sobre una pretendida disfunción eréctil de aquél que le habría impedido cometer el delito de violación.

Señalan que dicha solicitud fue denegada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal asilado en que el enjuiciado no alegó dicho dato en forma oportuna, debiendo hacerlo, tanto por su nivel de educación, como por el hecho de haber estado en pleno conocimiento de las imputaciones formuladas, dado el largo tiempo que llevó la investigación y que siempre contó con asesoría letrada, y resultar

irrelevante que el primer abogado fuese experto en materias tributarias y no penales.

Es así como los recurridos estiman que no se había afectado el derecho de defensa ni configurado la motivación de nulidad del artículo 374, letra c), del Código del ramo y no hicieron lugar al recurso por dicha razón, de manera que a su entender no han cometido falta o abuso grave en la dictación del pronunciamiento materia del recurso de queja.

A fojas 45 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según expresa el compareciente, el presente arbitrio se sustenta en que los recurridos cometieron falta o abuso grave al desestimar el recurso de nulidad instaurado contra el edicto condenatorio del tribunal penal, y afirma que el rechazo de la prueba nueva ofrecida por su parte durante el juicio oral desconoció su derecho de defensa, ya que no era legalmente procedente excluirla pues concurrían todos los presupuestos objetivos exigidos por el artículo 336 del Código Procesal Penal. Entonces, desde el momento que los jueces de la instancia negaron la posibilidad de rendir la prueba nueva ofrecida fuera de las hipótesis que comprende la ley, se ha producido una vulneración objetiva al derecho de defensa, que debió ser reconocida por la Corte de Apelaciones, la cual, al no acceder a la nulidad y hacer suyos los racionios del tribunal, ha incurrido en

falta o abuso grave en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO: Que, en consecuencia, la cuestión discutida radica en determinar si los ministros recurridos incurrieron en alguna falta o abuso grave al desestimar el recurso de nulidad presentado por la defensa de L. T. É. B. en la causa N°789-2009 contra el dictamen condenatorio del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar.

TERCERO: Que para resolver adecuadamente el presente arbitrio conviene recordar lo ya manifestado por esta Corte, entre otras, en las causas N°s. 2752-2009, 4655-05 y 5393-03, en orden a que el artículo 336 del Código Procesal Penal, envuelve una facultad proporcionada a los jueces del fondo para disponer la recepción de pruebas no ofrecidas oportunamente, la que opera exclusivamente a petición de alguna de las partes y que, por tratarse de un arbitrio, no es controlable por la vía de la nulidad, al corresponder su otorgamiento de forma soberana al criterio de los jueces de la instancia. Lo anterior surge del claro tenor literal de la regla, que en sus dos incisos expresa que el tribunal “podrá” ordenar o autorizar la recepción de aquellas probanzas no ofrecidas oportunamente.

Ahora bien, tanto en el caso que el tribunal ejerza dicha prerrogativa y decida recibir una prueba nueva, como en la situación en que resuelva negarla y no admitir la recepción de la misma, obviamente debe fundar tal decisión, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 36 del Código Procesal

Penal, razonamiento que en la hipótesis del inciso primero del artículo 336, recaerá sobre la justificación de la falta de conocimiento previo de la prueba que se ofrece y en la del inciso segundo, dirá relación con el surgimiento de una controversia probatoria en los términos allí señalados y con el hecho de no haber sido posible prever su necesidad.

CUARTO: Que, acorde con lo expuesto, resulta equívoco sostener, como lo hace el oponente, que al darse los supuestos que prevé la ley, el tribunal deba aceptar la prueba nueva o prueba sobre prueba ofrecida, ya que, además del claro tenor facultativo del artículo 336, si bien el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal, obliga al tribunal a hacerse cargo de toda la prueba, incluso la desestimada, se refiere lógicamente a la prueba efectivamente rendida en el juicio y en ningún caso a aquella cuya recepción no ha sido admitida.

QUINTO: Que, asimismo y tal como consta en los basamentos cuarto y quinto del veredicto impugnado -tenido a la vista-, en la especie ha quedado claramente establecido que los ministros recurridos estimaron que no se configuraba la causal de nulidad esgrimida, de la letra c) del artículo 374 del Código del ramo, porque los jueces de la instancia habían resuelto negar la petición de prueba nueva, previo debate y dando razones para ello, de acuerdo con lo cual explican que: “Lo anterior tampoco importa una actuación defectuosa del procedimiento, toda vez que el defensor recurrente pudo realizar las peticiones pertinentes en

el juicio. Otra cosa es que el tribunal, encargado de la dirección del proceso, tenga una opinión distinta al respecto y no haya considerado realizar las diligencias solicitadas por la defensa”.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, no cabe duda que las elucubraciones de los jueces del fondo para no acceder a la petición de prueba nueva, en su supuesto de prueba sobre prueba, consagrado en el inciso segundo del artículo 336 del Código Procesal Penal y que fueron compartidas por los recurridos, guardan estrecha relación con la exigencia central requerida para admitirla o desecharla, cual es, que no fuese posible prever su necesidad en la oportunidad indicada para su ofrecimiento, esto es, en la etapa de preparación del juicio oral. En efecto, tal como se consigna en la reflexión cuarta del laudo del tribunal de alzada, el encartado alegó al inicio del juicio oral que sufría la mentada disfunción eréctil desde hace seis años y como era incriminado por un delito de violación cometido en dicho periodo, lógicamente estaba en condiciones de prever la necesidad de ofrecer oportunamente todas las probanzas destinadas a comprobar dicha circunstancia, en particular la del mencionado médico tratante de aquella dolencia, pues era totalmente predecible que se dudara de la credibilidad de su aserto, así como de los dichos de la única testigo que declaró sobre el punto en cuestión, F. I. P. G., y son los motivos precedentes los mismos que, en términos sustanciales, fundaron la negativa del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal a recibir la prueba ofrecida por la defensa y

que, por consiguiente, constituyen soporte suficiente para no ejercer la potestad prevista en el artículo 336 del Código Procesal Penal, la que, sin perjuicio de ello, es de carácter facultativa y en ningún caso imperativa, como ya se dijo.

No obstante ello, el inciso segundo del citado artículo 336, es amplio, en cuanto se refiere a cualquier medio de prueba, resulta ajustado destacar, merced a la utilización restrictiva que debe darse a este mecanismo, que tratándose de los testigos y peritos, tal como lo enseñan los autores Horvitz y López, *“la falta de veracidad que permitiría el recurso a esta norma debe recaer sobre hechos concretos fácilmente verificables, no sobre percepciones u opiniones. El expediente que concede el inciso 2° del artículo 336 CPP sólo podría utilizarse en la hipótesis excepcional que el testigo o perito mienta sobre algún hecho o antecedente determinado y no controvertido con anterioridad, cuya falsedad fuera fácilmente demostrable a través de otro medio de prueba. Así, por ejemplo, un testigo que negase haber estado fuera de Chile en la época en que ocurrieron los hechos, y cuya estancia en el extranjero pudiera acreditarse con un oficio de Policía Internacional. En todo caso, siempre debe justificarse por el solicitante de prueba nueva que no fue posible prever su necesidad en la oportunidad que la ley señala para su ofrecimiento”* (Horvitz L., María Inés y López M., Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año dos mil cuatro, página 326).

SEPTIMO: Que, en virtud de lo razonado, no se aprecia que los jue-

ces recurridos, al dictar la decisión censurada, de catorce de septiembre de dos mil nueve, hayan obrado con falta o abuso grave, en los términos del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, por lo que el presente arbitrio no puede prosperar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de seis de noviembre de mil novecientos setenta y dos y sus modificaciones, que reglamenta la materia, **SE RECHAZA** el recurso de queja contenido en lo principal del libelo de fojas 11 a 20, en contra la sentencia de catorce de septiembre de dos mil nueve, emitida por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el ingreso Corte N°789-2009, que rola de fojas 207 a 212 de la carpeta judicial tenida a la vista, correspondiente al RIT 63-2009 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar.

Regístrese, comuníquese a los recurridos y en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°6711 – 2009

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ACOGIDO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

El debido proceso penal se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar, cuestión que se verifica en el artículo 277 del Código Procesal Penal cuando sólo se permite al Ministerio Público impugnar el auto de apertura del juicio oral, excluyendo al querellante.

La oración “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenida en el inciso segundo de la referida norma es la que produce el efecto contrario a la Constitución Política de la República, ya que también resulta evidente que se violenta la igualdad ante la ley, en tanto dos personas que son sujetos activos de un proceso penal se encuentran en la misma situación procesal y la ley priva a uno de ellos del derecho a entablar recursos respecto de una resolución que determina lo que será en la práctica todo el juicio oral, incidiendo en la prueba, que, como es obvio, es básica para establecer el hecho punible, los partícipes y las circunstancias que lo rodean.

Se está en presencia de una violación de la llamada igualdad ante la justicia, que la Constitución vigente denomina “igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” y que la doctrina procesal moderna conceptualiza como la tutela judicial efectiva, en este caso de los intervinientes del proceso penal.

Texto completo:

Santiago, veintiocho de enero de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 12 de noviembre de 2008, el abogado Francisco Cox Vial, en representación de doña M. R. Z. P., ha presentado un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad de la oración “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, por contravenir el artículo 19, N°s 2° y 3°,

incisos primero y quinto, de la Constitución, respecto de la causa RUC N°080100636-9, RIT N°8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

Señala el requirente que con fecha 24 de abril de 2008 el padre de su representada, don F. Z. M., fue encontrado en su domicilio con un disparo en el cráneo, a consecuencia de lo cual murió. Dicha situación dio lugar a una investigación en la cual se determinó que su ex mujer, doña M. del P. P. L. había contratado a don J. M. R. R. para que le diera muerte.

Su parte, con fecha 25 de septiembre de 2009, presentó acusación particular en contra de la señora P. como autora inductora del delito de parricidio y en contra del señor R. como autor ejecutor, directo e inmediato, del delito de homicidio calificado, solicitando la pena de presidio perpetuo calificado para ambos.

El día 13 de octubre de 2009 comenzó la audiencia de preparación del juicio oral. En ella los testigos señores William Martínez Salinas, Carlos Felip Imperatore y Pedro Rodríguez Mella, ofrecidos tanto por el Ministerio Público como por el requirente, fueron excluidos por el Juez.

Los dos primeros, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 276, inciso primero, del Código Procesal Penal. El último, por tratarse de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 276, inciso tercero, del mismo cuerpo legal.

Agrega el actor que, con el mismo fundamento, se excluyó la prueba documental que individualiza, donde se ofrece correo electrónico de fecha 15 de abril de 2009 que contiene el monitoreo de tarjetas de crédito.

Ahora bien, en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal se indica: “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente.”

Indica el requirente que el nuevo sistema procesal penal ha optado por un régimen restrictivo de los recursos de apelación. Ello puede encontrar justificación tanto racional como jurídica en el principio de inmediatez. En efecto, con base en la oralidad del nuevo proceso penal la rendición de la prueba no puede ser sustituida por la mera lectura de registros. Dicho principio exige que ésta se produzca ante los propios tribunales.

Otro argumento por esta opción restrictiva, plantea, es la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Un sistema amplio de apelación conllevaría, como ocurrió en el antiguo sistema, un retardo en la prosecución de las causas, haciéndola ilusoria.

Sin embargo, señala, cuando se lee el artículo 277 del Código, toda esta posible lógica sistémica se rompe.

En la audiencia de preparación del juicio oral no se rinde prueba propiamente tal, sino que simplemente se debate sobre cuál es aquella que ha de ir a juicio. Luego, el principio de inmediatez no se ve afectado.

En cuanto a que se pueda ver violado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ello no puede ser tomado en consideración si se le otorga a una de las partes, el Ministerio Público, el derecho a recurrir de la resolución que excluye prueba en el caso antes mencionado.

Si a lo anterior se suma lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, entonces resulta evidente que su parte no puede apelar de la resolución que le ha provocado un

gravamen irreparable al serle excluida la prueba ofrecida.

Se pregunta entonces cuál es la razón por la que decidió el legislador apartarse de su propio sistema de recursos y, más aún, favorecer a una de las partes, el Ministerio Público, con la posibilidad de tener otra oportunidad para discutir la inclusión de prueba que le ha sido excluida. En su opinión, ambas interrogantes carecen de una respuesta razonable, produciendo la aplicación del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en cuanto señala que sólo será procedente el recurso de apelación cuando lo interpusiere el Ministerio Público en la situación indicada, una violación a lo dispuesto en las normas constitucionales antes mencionadas.

Agrega el actor que, según la jurisprudencia constitucional comparada, para que el legislador establezca un trato diferenciado, debe buscar un fin legítimo y este trato desigual debe ser una medida necesaria para la obtención de dicho fin.

Señala, en lo esencial, que un posible fin buscado con este trato preferencial puede estar dado por el hecho de que quien dirige la investigación y tiene bajo su mando a las policías es quien puede llevar adelante diligencias o actuaciones con inobservancia de garantías constitucionales en el marco de la misma. En otros términos, el Ministerio Público pareciera ser el candidato natural a sufrir estas exclusiones. Sin embargo, añade, ello desconoce la existencia y participación del querellante, auténtico repre-

sentante de la víctima en el proceso penal.

Plantea, también, que el fin buscado con la diferenciación que se impugna puede estar dado por el hecho de que sólo la prueba de cargo sería excluible por esa vía y, por consiguiente, tendría una justificación darle una nueva oportunidad de discutir la materia al Ministerio Público con el propósito de evitar la impunidad de un delito. Sin embargo, la prueba del querellante puede violar garantías constitucionales en su modo de obtención y es igualmente prueba de cargo.

En consecuencia, se establece un trato discriminatorio prohibido por la Constitución en el artículo 19, N°2°. Un trato de esa naturaleza incide de manera sustancial en el derecho a un debido proceso, consagrado en el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, ya que una de las partes tiene un medio procesal, el recurso de apelación, que la deja en una situación de privilegio respecto de la otra.

Concluye solicitando, por lo tanto, que se declare que la expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del cuerpo legal antes indicado, resulta contraria al ordenamiento constitucional y que la concesión del recurso de apelación alcanza, en consecuencia, a su parte.

Con fecha 17 de noviembre de 2009 se admitió a tramitación el requerimiento deducido, suspendiéndose el procedimiento en la causa en que incide, y, con fecha 3 de diciembre

del mismo año, se lo declaró admisible “sólo en cuanto a la exclusión de un testigo por inobservancia de garantías constitucionales”.

El 31 de diciembre de 2009, el abogado Andrés Rietourd Alvarado, Jefe de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública Metropolitana Norte, en representación de doña M. del P. P. L., formuló sus observaciones solicitando el rechazo de la acción interpuesta.

En primer término, plantea que el actor impugna las razones técnicas o de mérito del legislador para optar por la fórmula legislativa contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, lo que está fuera del ámbito de control jurídico del Tribunal Constitucional.

Citando diversas sentencias de esta Magistratura señala que en el control de constitucionalidad se debe reconocer el derecho del órgano legislativo de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común.

Ahora bien, dichas fórmulas no deben infringir la Constitución y, en este sentido, al Tribunal Constitucional le incumbe determinar si la regulación legal es razonable y no arbitraria, sirviendo como referencia al respecto el principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos.

Indica la Defensoría que la restricción del régimen de recursos -particularmente del recurso de ape-

lación- no se funda en el principio de inmediación ni en el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable. La razón de la disminución de la frecuencia e importancia de su utilización como vía de impugnación se encuentra en la mayor intensidad del denominado control horizontal, esto es, el que proviene de una “efectiva intervención de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial”.

Expresa, en este sentido, que el hecho de que el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal entregue el recurso de apelación únicamente al Ministerio Público y sólo por algunas causales de exclusión, no rompe con la lógica del sistema de recursos. Al contrario, la comparte. Al resolverse la exclusión de prueba como consecuencia de un debate previo, en que rige plenamente la contradictoriedad o la bilateralidad de la audiencia, resulta razonable, para dar valor y peso a la decisión del juez individual, que no sea sometida a un control vertical que pueda ser activado por todos los intervinientes y ante cualquier causal de exclusión.

Se pregunta, entonces, por las razones que tuvo el legislador para establecer una norma como la que se impugna.

Señala, en primer lugar, que los procedimientos criminales acusatorios contemplan etapas sucesivas desde que se inicia la persecución penal hasta que se llega a dictar sentencia en el juicio oral. Una de ellas es la de investigación, que en un moderno proceso se encomienda al Ministe-

rio Público y que tiene por objeto la acumulación de antecedentes suficientes para decidir si se puede formular y sostener la acusación. Dicha investigación está dirigida desde el poder público, que cuenta con enormes recursos para llevarla a efecto y aparece revestida ante el ciudadano común de la aparente legitimidad que proporciona la autoridad estatal.

Es en este contexto en el cual los medios propios de la persecución penal estatal pueden entrar en colisión con los derechos de manera ilegal, que la prueba del Ministerio Público está más expuesta a la exclusión por infracción de garantías constitucionales como medida de protección y sanción. Y, por esta razón, se establece la norma que se objeta.

Añade, en segundo lugar, que la disposición resulta aún más razonable dado que el inciso segundo del artículo 277 entrega a los intervinientes, para impugnar exclusiones de pruebas defectuosas, el recurso de nulidad. En tal sentido el precepto, en su segunda parte, establece: “Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas generales”.

Esta redacción, señala la Defensoría, resultó perjudicial para los otros intervinientes, ya que si bien el inciso segundo del artículo 277 del Código les otorgaba el recurso de nulidad, las causales del mismo no permitían a la Corte Suprema ni a las Cortes de Apelaciones conocer de infraccio-

nes o vicios anteriores al juicio oral. La exclusión de prueba realizada de manera defectuosa o con inobservancia de las formas procesales que se resolvía en la audiencia de preparación, es decir, antes del juicio, quedaba, de esta manera, sin remedio.

La situación, agrega, podía salvarse modificándose la causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia comprendida en el artículo 373, letra a), del mismo cuerpo legal, permitiendo a la Corte Suprema conocer de infracciones cometidas antes del juicio. Y así se hizo. Por medio de la Ley N°20.074 se modificó dicha causal, sustituyéndose en ella los términos “tramitación del juicio”, por la frase “cualquier etapa del procedimiento”. De este modo, la norma actualmente señala: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

La expresión “en cualquier etapa del procedimiento” comprende, además del juicio oral, todas aquellas anteriores al mismo. Es, entonces, la propia ley la que contempla la posibilidad de interponer el recurso de nulidad respecto de actuaciones verificadas durante el desarrollo de la audiencia de preparación de éste.

De esta manera, de configurarse una infracción de garantías constitucionales con motivo de la exclusión

de prueba, la Corte Suprema puede retrotraer el procedimiento a la etapa de la audiencia de preparación del juicio oral para que se subsane el vicio o defecto en que se incurrió al excluir la del recurrente o anular el juicio y la sentencia.

En el parecer de la Defensoría, la lectura armónica del inciso segundo del artículo 277 y del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal no plantea dificultad alguna en cuanto a que si el juez de garantía ha procedido a excluir prueba al querellante y ello ha sido con infracción de derechos fundamentales, este interviniente pueda recurrir de nulidad acudiendo a la causal establecida en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, para impugnar dicha exclusión.

En tercer lugar expone, en relación a la técnica legislativa utilizada en el precepto objetado, que si bien el derecho a probar constituye una garantía mínima de un procedimiento racional y justo, lo que se tiene realmente es la facultad de proponer prueba y a que sobre ésta se pronuncie el órgano judicial, bien admitiéndola, bien rechazándola de manera motivada. De modo que no se está ante un derecho que faculte para exigir la admisión judicial de cualquier clase de prueba que las partes puedan ofrecer.

Concluye, en este punto, la Defensoría, afirmando que el legislador, en el inciso segundo del artículo 277 del Código utilizó una fórmula legislativa razonable que no vulnera la igualdad ante la ley ni el debido proceso.

En segundo término, plantea que el precepto legal impugnado no tiene la aptitud para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución.

Indica la Defensoría en este sentido que, aunque pudiese estimarse que en abstracto el inciso segundo del artículo 277 vulnera la Constitución, la aplicación de dicho precepto en el caso concreto no la contraría.

El testigo Pedro Rodríguez Mella, excluido a la querellante por infracción de garantías, también lo fue respecto del Ministerio Público, órgano que sin duda alguna recurrirá de apelación en contra del auto de apertura de acuerdo con el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal. Ello, no solamente para cautelar su propia pretensión penal, sino que lo deberá hacer para proteger los intereses de la víctima porque así lo establecen la ley y la Constitución.

Concluye, entonces, la Defensoría sus observaciones indicando que, aunque el inciso segundo del artículo 277 le otorgue sólo al Ministerio Público el recurso de apelación contra el auto de apertura cuando se le excluya prueba por inobservancia de garantías fundamentales, la querellante tendrá a salvo la revisión de la exclusión de su prueba por el tribunal superior, porque habiendo el juez de garantía excluido al Ministerio Público y a la querellante la misma prueba, la apelación del primero permitirá la revisión de ésta.

Habiéndose traído los autos en relación el día 8 de enero de 2010, se pro-

cedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Francisco Cox Vial por la parte requirente y Gonzalo Medina Schulz por la Defensoría Penal Pública el día 14 de enero del presente año.

CONSIDERANDO:

I.- ACERCA DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR PRECEPTO LEGAL PARA EFECTOS DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

PRIMERO.- Que, en atención a lo señalado por la requerida en su presentación y a lo planteado en estrados acerca de la disposición impugnada, resulta conveniente referirse previamente a lo que debe entenderse por “precepto legal”, para efectos de la declaración de inaplicabilidad y si dicha exigencia se cumple en el caso de estos autos;

SEGUNDO.- Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que *“una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución”* (roles N°s 626/2007 y 944/2008);

TERCERO.- Que de este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de

aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma o sea autosuficiente;

CUARTO.- Que por lo demás en diversas sentencias se han declarado inaplicables partes de una disposición o inciso. Así, se ha resuelto en relación a las expresiones *“procediendo de plano”*, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y *“en cuenta, salvo que estime conveniente”*, en los autos Rol 747/2007. Del mismo modo, se ha estimado inaplicables las expresiones *“y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”*, a que alude el artículo 2° de la Ley N°20.033, modificatoria del cuadro anexo N°1 de la Ley de Impuesto Territorial, N°17.235 (roles N°s. 718, 773 y 759, todos de 2007);

QUINTO.- Que, adicionalmente, se ha efectuado semejante declaración de inaplicabilidad respecto de las expresiones *“para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”*, contenida en el artículo 171 del Código Sanitario (Rol N°1061-2008), lo que posteriormente motivó una sentencia de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura (Rol N°1345-2009). A su vez, en tres oportunidades (roles 755, 1138 y 1140) se consideró inaplicable la expresión *“gratuitamente”*, a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en relación al turno de los abogados, dictándose incluso con posterioridad

sentencia de inconstitucionalidad (Rol 1254-2008);

SEXTO.- Que en el caso de autos se ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación al inciso segundo, en lo relativo a que *“el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”*;

SEPTIMO.- Que como puede apreciarse la frase aludida, “cuando lo interpusiere el ministerio público”, es obviamente un precepto legal en los términos que señala el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, desde que tiene autonomía propia y se basta a sí misma;

II.- ACERCA DEL CONFLICTO PLANTEADO

OCTAVO.- Que la inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la aplicación de un precepto legal en un caso concreto en litis resulta contraria a la Constitución. Así lo consagra el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

NOVENO.- Que en el proceso RUC N°080100636-9, RIT N°8867-2008, dirigido en contra de P. P. L., se hicieron parte, como sujetos activos de la acción penal, el Ministerio Público y doña M. R. Z. P., que en su calidad de hija de F. Z. M. se querelló en contra de su madre, P. P., por el homicidio de su padre.

El proceso se sigue ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago y se encuentra en la etapa de preparación del juicio oral, fase en que la defensa solicitó la exclusión de los testigos que se individualizan en el requerimiento, problema que es ajeno a la competencia específica de esta Magistratura para resolver el requerimiento en mérito de la resolución que lo declaró admisible;

DECIMO.- Que en el requerimiento se plantean, por una parte, la exclusión de los referidos testigos como medio de prueba en el juicio oral y, por otra, la privación del derecho al recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral, contenida en el artículo 277 del Código Procesal Penal, por parte de la querellante;

DECIMOPRIMERO.- Que la procedencia de la prueba es un clásico problema de legalidad, que como tal le corresponde decidir a los tribunales competentes para conocer de las respectivas instancias de un conflicto penal sometido a proceso.

En la especie, al Juez de Garantía, que ya hizo uso de su jurisdicción en lo que se refiere a los testigos excluidos y a la prueba documental N°229.

Si a alguno de los intervinientes la resolución le resulta agravante, tiene derecho a deducir recurso de apelación, por exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía, sólo el Ministerio Público de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 277, excluyéndose, por lo tanto, al querellante y al imputado.

Cabe resaltar que, de acuerdo al artículo 276 del mismo Código, el juez debe escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido en la audiencia y podrá disponer que el interviniente reduzca el número de documentos y testigos. En cambio, al resolverse la exclusión de prueba, el agravio sólo puede ser expresado por el Ministerio Público, mediante el recurso de apelación que se le concede en exclusiva;

DECIMOSEGUNDO.- Que a este Tribunal, conforme a las peticiones del requerimiento, que le fijan su competencia específica, no le corresponde emitir juicio acerca de si la doble instancia constituye o no un elemento del debido proceso, sino que deberá decidir únicamente si la exclusión de la apelación respecto del querellante particular, en este caso, violenta lo previsto en las garantías básicas establecidas en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en lo relativo a la igualdad ante la ley y la igual protección en el ejercicio de los derechos, en especial armonía con el numeral 26° del mismo artículo, en cuanto garantiza la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen, complementen o limiten dichas garantías no podrán

afectar la esencia de los derechos fundamentales ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio;

DECIMOTERCERO.- Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal, el querellante particular ha sido excluido como titular del recurso de apelación, en tanto se expresa en dicho precepto que: *“el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”*.

En consecuencia, lo que este Tribunal deberá decidir es si la ley puede privar del recurso de apelación a uno de los intervinientes, reconocido como parte y que puede ser igualmente agraviado, generándose así un obvio desequilibrio en el ejercicio de los derechos de dos intervinientes legitimados para actuar en el proceso penal.

Es por lo razonado precedentemente que las consideraciones que más adelante se expresan, están destinadas exclusivamente a decidir si, en el caso concreto, la aplicación del invocado artículo 277 del Código Procesal Penal se ajusta a la Constitución, en tanto dispone que sólo el Ministerio Público puede apelar, excluyendo al

querellante particular de la posibilidad de interponer dicho recurso;

DECIMOCUARTO.- Que para decidir esta cuestión en armonía con la preceptiva constitucional que regula esta materia, deben tomarse especialmente en consideración los siguientes antecedentes:

En primer lugar, que la acción de inaplicabilidad fue establecida en la Constitución de 1925, como una primera forma de control de constitucionalidad de la ley, otorgándosele a la Corte Suprema competencia para conocer de ella.

La reforma de 2005, en lo que interesa, mantuvo el control de constitucionalidad, con dos cambios fundamentales:

- a) Le otorgó competencia privativa al Tribunal Constitucional para conocer y resolver las causas de este tipo; y
- b) Estableció un sistema de control concreto al expresar que es atribución de esta Magistratura “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Estos dos cambios incorporan a nuestra jurisdicción constitucional una nueva y moderna forma de protección integral del texto, valores y principios establecidos por la Carta Fundamental.

En este escenario, la pretensión de la requirente se centra en estimar que

los efectos que produce la aplicación del inciso segundo del artículo 277 ya citado, violenta las garantías de igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, contempladas ambas en los números 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución, en armonía, como ya se dijo, con el numeral 26º del mismo artículo;

DECIMOQUINTO.- Que, impulsado el Tribunal Constitucional a emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del efecto que produce en el caso concreto la aplicación del aludido artículo 277 del Código Procesal Penal en el proceso penal ya individualizado, declarado admisible el requerimiento se abre un proceso constitucional que, como todos, debe ser debido y oportuno. Lo primero implica que esta Magistratura, en uso del poder de la jurisdicción, tiene el deber de realizar una interpretación de la Carta Fundamental que asegure su sentido profundo, en tanto está destinada a dar estricto cumplimiento al principio de prelación del sistema jurídico, en cuya cúspide está la Constitución;

III.- ACERCA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO

DECIMOSEXTO.- Que debe tenerse muy presente que para operar el nuevo sistema se modificó la Constitución y se dictó un nuevo Código Procesal Penal, sobre la base de establecer una investigación previa, no jurisdiccional, por parte de los fiscales del Ministerio Público, entregando a

dicho servicio, además, la atribución de ser el principal titular el ejercicio de la acción penal pública;

DECIMOSEPTIMO.- Que, como lo ha reiterado esta Magistratura en sentencias anteriores, durante la tramitación de la reforma constitucional en comento se consagró expresamente, en el artículo 83, a la víctima como interviniente del proceso penal, y en tal calidad se le reconoce explícitamente legitimidad procesal para intervenir como titular del ejercicio de la acción penal pública a través de la querella.

Debe igualmente tenerse presente lo razonado de manera reiterada por esta Magistratura, en orden a que el artículo 19, número tercero, de la Constitución, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, ha establecido a la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso (ver, entre otras, sentencias de los procesos roles 389, 478, 529, 533, 568, 654, 661, 806, 815 y 986), concepto hoy difundido en el mundo como el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, ya considerado en esta sentencia. En este orden de ideas, la querella, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal;

DECIMOCTAVO.- Que, en el sistema constitucional de nuestro

país, el Estado proclama como valor fundamental que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia rol N°815, la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º y 19, números 2º, 3º y 26º, de la Carta Fundamental.

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como “*aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión*” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido

proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias;

DECIMONOVENO.- Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse, con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3º del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijando en su conjunto el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva

tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y, por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho;

VIGESIMO.- Que en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso, además del derecho a participar en los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que satisfacen los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato

constitucional, que es, en este caso, la preceptiva legal regulatoria que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciera, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal oral en lo penal y, en concreto, a la etapa de preparación del juicio oral prevista en el nuevo proceso penal, que culmina con la dictación del auto de apertura. Recordemos que, más aún, la Carta Fundamental ordena y exige que la investigación que realice el órgano persecutor debe ser racional y justa, para lo cual se adicionó en lo pertinente el numeral 3° de su artículo 19.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente, a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia de conflictos penales. Ello constituye la negación misma del derecho a la tutela judicial

efectiva, que reemplaza a la acción directa de autotutela y que excluye a la misma como medio de solución del conflicto.

Como si ello no fuere ya paradójico, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes legitimados, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio;

VIGESIMOPRIMERO.- Que lo razonado precedentemente se ve confirmado por la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.519, de reforma constitucional, que creó el Ministerio Público, cuyo Mensaje no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública. El proyecto original fue objeto de indicaciones para dejar a salvo el derecho a ejercer la acción por parte del ofendido por el delito.

En efecto, el texto original del Mensaje establecía que: *“Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales”*, entendiéndose en la Comisión de Constitución

del Senado que a dicho órgano se le confería el ejercicio exclusivo de la acción penal. Por lo anterior, ya en el primer trámite constitucional, se presentaron indicaciones en orden a permitir claramente el ejercicio de la acción penal pública al ofendido por el delito.

En este sentido, resultan muy ilustrativos los pasajes sobre este tema del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que señala:

“En cuanto a las funciones y atribuciones, la indicación asigna al Ministerio Público las de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá, en forma exclusiva, investigar los hechos que configuren un delito, los que determinen una participación punible en él y los que acrediten la inocencia del imputado; adoptar medidas para amparar y proteger a las víctimas y a los testigos; impartir órdenes directas durante la investigación a la policía, la que deberá cumplirlas de inmediato y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad; empero, si dichas órdenes pudieren perturbar o vulnerar derechos del imputado o de terceros garantizados por la Constitución, requerirán orden judicial previa. El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido de su derecho a querellarse.”

(...)

“El reemplazo de la frase “tendrá a su cargo la persecución penal pública” por “ejercerá la acción penal pública”, obedece a que la Comisión consideró que

esta última resulta más apropiada a la naturaleza no jurisdiccional de las funciones del Ministerio Público. En efecto, la persecución de los delitos es el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, que actualmente corresponde en exclusividad a los tribunales del crimen, en tanto que el ejercicio de la acción, que supone acusar y probar la acusación, incumbe a quien ocurre ante un órgano jurisdiccional demandando que sea satisfecha su pretensión de proteger un bien jurídico vulnerado.

Otra diferencia importante radica en que el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación, como se dijo, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculgado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.”;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, en el mismo sentido, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se refirió en detalle al tema, aludiendo

al nuevo Código y señalando en su primer informe:

“El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la posibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querrela, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querrela, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez”.

Se agrega en dicho informe que:

“En vez de hablar de un racional y justo procedimiento, se propone establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La nueva disposición apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento.”

(...)

“El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine.

En esta parte, hay una diferencia importante entre el mensaje y el texto que se comenta. El primero reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. El segundo, en cambio, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley.

Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías funda-

mentales de orden procesal que asegura el número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.”;

VIGESIMOTERCERO.- Que, dentro del mismo informe, cabe destacar con especial mención lo señalado por el entonces diputado señor José Antonio Viera-Gallo, pues permite ilustrar la estructura conceptual del nuevo proceso penal y el trasfondo de la discusión acerca del rol de la víctima y su derecho a querellarse, contemplado en el actual artículo 83 de la Constitución:

“En relación con este artículo, el señor Viera-Gallo pidió que se dejara constancia en el informe que la filosofía de la reforma del sistema procesal penal es que el monopolio de la acción penal pertenece al Ministerio Público, de manera tal que el afectado por un delito no puede acudir directamente ante un tribunal y ejercerla. Para precaver que el Ministerio Público no ejerza la acción penal pública se estableció un recurso ante el juez de control de la instrucción, que es el que decide si se ejerce o no se ejerce la acción.

A su juicio, el texto de la reforma constitucional permite la desnaturalización del proceso penal como ha sido concebido, ya que consagra dos caminos para el ejercicio de la acción penal, situación que se ha acentuado en el caso de la justicia militar, en la cual debe garantizarse la posibilidad de reclamar ante el juez militar en el caso de que el fiscal no realice la investigación.

En relación con lo anteriormente afirmado se señaló que lo que estaba absolutamente claro era que el Ministerio

Público tiene el monopolio de la investigación y que en caso alguno se podrá prescindir de él en el ejercicio de esta función.”

El texto aprobado en primer trámite, finalmente, según consta del oficio respectivo, es el siguiente:

“Artículo único.- Introdúcense en la Constitución Política de la República, las siguientes modificaciones:

1.- Reemplázase, en el inciso quinto del número 3º del artículo 19, la frase “un racional y justo procedimiento”, por la siguiente: “un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

(...)

7.- Agrégase, a continuación del Capítulo VI, el siguiente Capítulo VI-A:

“Capítulo VI-A

MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 80 A. - Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderá a los órganos establecidos en el Código de Justicia Militar, en conformidad a las normas de este Código y las leyes respectivas.”;

VIGESIMOCUARTO.- Que cabe señalar que para llegar a la redacción final de tan discutida norma, ella fue objeto, durante la continuación de su tramitación en el Senado, de indicaciones, según consta en las actas respectivas. En efecto, la primera de ellas, “*de los HH. Senadores señores Díez y Piñera, y la segunda, del H. Senador señor Urenda, modifican el inciso tercero del artículo 80 A, recién mencionado. Ambas permiten a toda persona, en la forma y en los casos que determine la ley, el ejercicio de la acción penal*”, agregando posteriormente que “*la importancia del inciso tercero en*

comento estriba en que permite accionar a la víctima en caso que el Ministerio Público no lo haga, o en que aquélla no se conforme con el sentido que éste hubiera impreso al procedimiento. Por último, las indicaciones dejan a salvo la acción popular que en algunos casos conceden las leyes.”.

Ambas indicaciones conducen a permitir que toda persona tenga la facultad de impulsar la apertura de un proceso penal;

VIGESIMOQUINTO.- Que de las consideraciones expuestas y de la historia de la norma cabe entonces concluir que el derecho al ejercicio de la acción penal se encuentra consagrado de forma expresa y categórica por la Constitución y que, incorporado al proceso penal, envuelve los elementos básicos para que su participación sea realmente efectiva;

VIGESIMOSEXTO.- Que de lo anterior nítidamente se desprende que fue el propio constituyente el que reflexivamente otorgó acción penal pública a la víctima para actuar en tal carácter en el proceso penal, y que ello implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales;

VIGESIMOSEPTIMO.- Que en este contexto debe analizarse el precepto impugnado, comenzando por establecer que, de la simple lectura del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal, se desprende que el auto de apertura del juicio oral, cuando causa agravio al Ministerio Público y/o al querellante, sólo será susceptible de apelación cuando

la interpusiere el Ministerio Público, por la exclusión de prueba decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276, privando expresamente de dicho derecho al querellante, al disponer que el recurso procederá sólo “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”;

VIGESIMOCTAVO.- Que de todo lo considerado queda claro que el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3º del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26º, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar;

VIGESIMONOVENO.- Que, analizado lo anterior en conjunto con los estándares de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso jurisdiccional, es menester concluir que los mismos se ven violentados por la limitación que contiene el precepto en comento, en torno al derecho a expresar sus agravios a través del recurso de apelación;

TRIGESIMO.- Que el efecto contrario a la Constitución se produce sólo por la oración ya transcrita. En este sentido, no obstante que el núcleo central del efecto inconstitucional atenta en contra del artículo 19, N°3º, también resulta evidente que se violenta la igualdad ante la ley, como se analizará en el capítulo

siguiente, en tanto dos personas que son sujetos activos de un proceso penal se encuentran en la misma situación procesal y la ley priva a uno de ellos del derecho a entablar recursos respecto de una resolución que determina lo que será en la práctica todo el juicio oral, incidiendo en la prueba, que, como es obvio, es básica para establecer el hecho punible, los partícipes y las circunstancias que lo rodean;

TRIGESIMOPRIMERO.- Que, en definitiva, confrontado el texto del artículo 277, que en idéntica situación le otorga el derecho a apelar a un interviniente activo legitimado y no al otro, genera, como su necesaria consecuencia y efecto, una violación flagrante de la llamada tradicionalmente igualdad ante la justicia, que la Constitución vigente denomina “igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” y que la doctrina procesal moderna conceptualiza como la tutela judicial efectiva, en este caso de los intervinientes del proceso penal;

TRIGESIMOSEGUNDO.- Que, finalmente, el precepto legal se mantiene, no se altera la competencia de los jueces y la inaplicabilidad recae sobre un impedimento de procedencia de un recurso de apelación, que por definición y concepto se basa en la existencia de un agravio, tanto de carácter objetivo -aquel que se genera al no conceder el tribunal todo lo pedido- como de carácter subjetivo -que presupone un agravio objetivo y permite deducir el recurso de apelación-. En este sentido, la frase cuya inaplicabilidad se declara se inter-

pone entre ambos tipos de agravio, pero sólo respecto de uno de los sujetos, lo que esta sentencia considera contrario a la Constitución, cuyo imperio debe ser restaurado;

IV.- ACERCA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

TRIGESIMOTERCERO.- Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición*”. Así, se ha concluido que “*la razonabilidad es el carabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad*”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219);

TRIGESIMOCUARTO.- Que, como lo ha precisado esta Magistratura, “*la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de*

grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N°986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador, lo que no se da en la especie desde que el recurso de apelación sólo se otorga privativamente a uno de los intervinientes como es el Ministerio Público, más no al querrelante particular;

TRIGESIMOQUINTO.- Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razona-

bles y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;

TRIGESIMOSEXTO.- Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42);

TRIGESIMOSEPTIMO.- Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que *“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”*. (Sentencias 76/1990 y 253/2004. En otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racio-

nalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;

TRIGESIMOCTAVO.- Que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como lo señala el artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador. Más aún si, como en el caso de autos, se trata de una misma testimonial, cuya exclusión queda entregada a la revisión del tribunal superior jerárquico sólo en el evento que el Ministerio Público -actuando con entera discrecionalidad- decida o no apelar;

TRIGESIMONOVENO.- Que, en suma, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en cuanto sólo le otorga la apelación al Ministerio Público por exclusión de prueba importa en el caso concreto una discriminación carente de razonabilidad u justificación constitucional. Así también ya lo señaló esta Magistratura, en relación al artículo 132 bis introducido en el Código Procesal

Penal, conforme al cual se establece la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención sólo por el fiscal o el abogado asistente del mismo, entendiéndose este Tribunal que “ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho” (Rol 1001-2007);

V.- CONSIDERACIONES FINALES

CUADRAGESIMO.- Que inaplicar la frase ya señalada al caso concreto permite restablecer los principios de igualdad y contenido esencial precisados en los considerandos anteriores;

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que, en mérito de lo expuesto, se acogerá la presente acción, sólo en tanto se declarará inaplicable la frase “cuando lo interpusiere el ministerio público” del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N°s 2º, 3º y 26º, 83, 93, inciso primero, N°6º, e inciso undécimo, de la Constitución Política y las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SEDECLARAQUESEACOGEEEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN SUB LITE, LA EXPRESIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO” COMPRENDIDA EN EL INCISO SEGUNDO DEL

ARTICULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDENADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICLARSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por desechar el requerimiento en atención a los siguientes motivos:

1º Que la acción de inaplicabilidad, como lo ha declarado reiteradamente esta Magistratura, tiene un efecto puramente negativo, en cuya virtud el tribunal que conoce de la gestión pendiente, en caso de ser acogida la inaplicabilidad, debe abstenerse de aplicar el precepto respectivo en la resolución del asunto que tiene entre manos. En modo alguno, el acogimiento de la inaplicabilidad puede traducirse en indicarle al tribunal de la gestión pendiente qué precepto debe aplicar para su dilucidación ni, mucho menos, crear una disposición para la decisión del caso.

2º Que, en la especie, lo resuelto en la sentencia da precisamente por resultado la creación de un recurso de apelación por parte de quien el legislador no ha legitimado al efecto. Con ello y como quiera que la legitimación para excitar la intervención del órgano jurisdiccional es parte de la competencia de este último, se vulnera el principio constitucional en cuya virtud sólo la ley (y además una ley orgánica constitucional) puede

establecer las atribuciones de los tribunales de justicia, por lo que mal una sentencia de este Tribunal podría investir de competencia al efecto al tribunal de la gestión pendiente.

3° Que, por último, la tutela de las garantías constitucionales ha sido confiada por el constituyente preferentemente a los tribunales superiores de justicia y sólo supletoriamente a esta Magistratura Constitucional, por lo cual, contra lo que argumenta el voto de mayoría, el rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido no significa dejar desamparado al querellante en su legítima pretensión de tutela judicial efectiva de su derecho a recurrir, toda vez que la propia legislación procesal penal (artículo 373, letra a, del Código Procesal Penal) le franquea el recurso de nulidad en contra de la sentencia que culmine el proceso en cuyo transcurso “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Redactó los capítulos II, III y V de la sentencia, el Ministro señor Juan Colombo Campbell, y los capítulos I y IV de la misma, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán. Redactó la disidencia, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N°1.535-09 INA.

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell, concurrió a la vista y al acuerdo del fallo pero no firma por haber cesado en el cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, (Presidente), Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

CUESTIONES PREJUDICIALES CIVILES EN EL PROCESO PENAL

Yelica Lusic Nadal¹

I.- Antecedentes Generales

Las llamadas cuestiones prejudiciales civiles se encuentran contempladas en los artículos 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales², como asimismo en los artículos 171 y 252 letra a) del Código Procesal Penal³, siendo ellas clasificadas por la doctrina procesal tradicional⁴ en dos categorías: a) aquellas que

- 1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 **Art. 173 Código Orgánico de Tribunales.** *Si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley penal estime para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor, el tribunal con competencia en lo criminal se pronunciará sobre tal hecho.*
Pero las cuestiones sobre validez de matrimonio y sobre cuentas fiscales serán juzgadas previamente por el tribunal a quien la ley tiene encomendado el conocimiento de ellas.
La disposición del inciso precedente se aplicará también a las cuestiones sobre estado civil cuya resolución deba servir de antecedente necesario para el fallo de la acción penal persecutoria de los delitos de usurpación, ocultación o supresión de estado civil.
En todo caso, la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del derecho civil.
Art. 174 Código Orgánico de Tribunales. *Si contra la acción penal se pusieren excepciones de carácter civil concernientes al dominio o a otro derecho real sobre inmuebles, podrá suspenderse el juicio criminal, cuando dichas excepciones aparecieren revestidas de fundamento plausible y de su aceptación, por la sentencia que sobre ellas recaiga, hubiere de desaparecer el delito.*
El conocimiento de esas excepciones corresponde al tribunal en lo civil.
- 3 **Art. 171 Código Procesal Penal. Cuestiones prejudiciales civiles.** *Siempre que para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil de que debiere conocer, conforme a la ley, un tribunal que no ejerciere jurisdicción en lo penal, se suspenderá el procedimiento criminal hasta que dicha cuestión se resolviere por sentencia firme.*
Esta suspensión no impedirá que se verifiquen actuaciones urgentes y estrictamente necesarias para conferir protección a la víctima o a testigos o para establecer circunstancias que comprobaren los hechos o la participación del imputado y que pudieren desaparecer.
Cuando se tratare de un delito de acción penal pública, el ministerio público deberá promover la iniciación de la causa civil previa e intervendrá en ella hasta su término, instando por su pronta conclusión.
Art. 252 Código Procesal Penal. Sobreseimiento temporal. *El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171;*
(...) El tribunal de juicio oral en lo penal dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código.
- 4 PEREIRA, Hugo. La cosa juzgada en el proceso civil, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago 1997, p. 210.

son de conocimiento de la justicia ordinaria con competencia criminal y que no paralizan la sustanciación de la causa penal; y b) aquellas que la ley entrega a un tribunal que no tiene competencia en materia penal y que suspenden la tramitación del procedimiento criminal, por la vía del sobreseimiento temporal.

Estas últimas son la excepción y se encuentran previstas en los incisos 2° y 3° del artículo 173 y en el artículo 174, ambos del Código Orgánico de Tribunales, y en el artículo 171 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, las primeras, o sea, aquellas cuestiones que la ley entrega al conocimiento de los tribunales ordinarios con competencia criminal, no son propiamente prejudiciales en el sentido de que no obligan a suspender la sustanciación de la causa penal, en espera de lo que resuelva un órgano jurisdiccional que no tiene competencia criminal. Así, acertadamente señalan GIMENO-MORENO-CORTÉS, *“estas cuestiones se llaman prejudiciales, quizá por inercia, porque su resolución es previa a la decisión final del juez. Su decisión siendo previa a la determinación sobre la culpabilidad o inocencia son, sin embargo parte del juicio que debe hacer el juez para condenar o absolver; en ese sentido no son previas al juicio, sino determinantes, como elementos del tipo, de la condena o absolución”*⁵. Se trata entonces más bien de cuestiones civiles que deben ser resueltas por el tribunal con competencia penal (ya sea el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal) en la sentencia que dictaren, como puede ser por ejemplo, el carácter de ajenidad de la cosa mueble en el delito de robo o en el de hurto.

Este tipo de cuestiones civiles, se encuentran previstas en el inciso 1° del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, sujetándose tanto su prueba como su decisión a las normas del derecho civil, como lo prescribe el inciso final del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, norma que debe ser precisada a la luz de lo dispuesto en el artículo 324 del Código Procesal Penal, según el cual la prueba de las cuestiones prejudiciales civiles se sujetará a los preceptos civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar (artículo 1698 del Código Civil) y a las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal en cuanto a su procedencia (artículos 276, 278, 295, 314, etc.), oportunidad (artículo 296), forma de rendirla (artículo 301, 302, 306, 307, 309, 310, 311, 319, etc.) y apreciación de su fuerza probatoria (artículo 297).

No obstante el interés que pudiera revestir su análisis, no son las que no interesa abordar en este artículo, sino por el contrario interesa referirnos a la segunda categoría de cuestiones prejudiciales civiles ya indicada, es decir aquellas que

5 GIMENO, Vicente; MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín. Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid 1996, p. 208.

Véase por todos PEREIRA, La cosa juzgada en el proceso civil, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago 1997, p. 210.

GIMENO, Vicente; MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín. Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid 1996, p. 208.

la ley entrega a un tribunal que no tiene competencia en materia penal y que suspenden la tramitación del procedimiento criminal, por la vía del sobreseimiento temporal, toda vez que ellas pueden presentarse en la investigación de los delitos de nuestra especialidad, o bien podrían formar parte de las alegaciones de defensa de algún imputado por los mismos delitos.

II.- Análisis de las cuestiones prejudiciales civiles, propiamente tales

Las cuestiones prejudiciales civiles que trataremos, conocidas también como prejudiciales propiamente tales, pueden ser definidas como *aquellos hechos de carácter civil cuya resolución la ley entrega a un tribunal que no tiene competencia en materia penal*. Por ello los tribunales con competencia criminal deben suspender la sustanciación de la causa penal, dictando el respectivo sobreseimiento temporal, pues previamente un órgano jurisdiccional con competencia civil debe resolverlos.

Debe tenerse presente que, tal como se indicó anteriormente, ellas se encuentran tratadas en el artículo 171 del Código Procesal Penal y en los artículos 173, incisos 2° y 3°, y 174 del Código Orgánico de Tribunales.

Para su mejor tratamiento me referiré en forma separada a diversos aspectos, así en relación a:

- a) *Antecedentes legislativos del Artículo 171 CPP*. Para comprender mejor el sentido del artículo 171 del Código Procesal Penal pasemos a revisar sus antecedentes legislativos, para lo cual tenemos que recordar que este artículo tuvo su origen en el proyecto del Código Procesal Penal enviado por el Poder Ejecutivo, el cual rezaba de la siguiente manera: “*Cuestiones prejudiciales civiles. Siempre que para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil de que deba conocer otro tribunal, se suspenderá el proceso hasta que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme. En todo caso, la suspensión del proceso no impedirá el cumplimiento de las actuaciones urgentes. Cuando se tratare de un delito de acción penal pública, el Ministerio Público deberá intervenir en la causa civil previa hasta su término, solicitando su iniciación cuando corresponda*”.

Durante la discusión parlamentaria, se tuvo presente que las cuestiones prejudiciales civiles a las cuales hacía referencia el texto del Código Procesal Penal aludido, eran aquellas que la ley había encomendado su conocimiento y resolución a los Tribunales con competencia en lo civil, y que correspondían por una parte, a las relativas a la validez del matrimonio, las cuentas fiscales y el estado civil (incisos 2° y 3° del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales), y por otra parte, a las cuestiones que se suscitaban respecto a los derechos reales constituidos sobre inmuebles (artículo 174 Código Orgánico de Tribunales).

Posteriormente, se debatió sobre el efecto que las cuestiones prejudiciales civiles provocaban en el procedimiento penal, punto en el cual hubo acuerdo en

disponer la suspensión del procedimiento en su integridad, pero, sin perjuicio de ello, permitir que se verificaran las actuaciones urgentes que fuesen estrictamente necesarias para proteger a la víctima o testigos, o bien para establecer circunstancias que comprobaran los hechos o la participación del imputado y que pudieren desaparecer.

Por último, en lo que respecta al inciso segundo del artículo 171 Código Procesal Penal, éste fue sustituido en su integridad a raíz de una indicación de los Honorables Senadores Bombal, Larraín, Stange y Urenda que señalaba: “*Cuando se tratare de un delito de acción penal pública, el fiscal del Ministerio Público deberá intervenir en la causa civil previa hasta su término, promoviendo su iniciación cuando corresponda y su progresión en todo caso*”. La finalidad perseguida era incorporar la obligación del Ministerio Público de solicitar la iniciación de la causa civil, la de promover su progresión en todo caso.

Del breve análisis del origen de la norma, podemos concluir que las cuestiones prejudiciales civiles, contempladas en los artículos 173 (incisos 2° y 3°) y 174 del Código Orgánico de Tribunales, tienen un carácter taxativo, ello porque tanto la doctrina procesal⁶ como la jurisprudencia⁷, han señalado que *no son más que las previstas en las disposiciones legales recién citadas*, siendo el argumento histórico el más fuerte en apoyo de su aseveración⁸.

b) *Análisis de la prejudicial civil sobre cuentas fiscales.* Una de las cuestiones procesales civiles que podría paralizar el procedimiento en materia penal, conforme a lo dispuesto por el artículo 171 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 173, inciso 2°, del Código Orgánico de Tribunales, es aquella que versa sobre cuentas fiscales, entendiéndola referida al Juicio de

6 PAILLÁS P., Derecho Procesal Penal, v. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p. 23; FONTECILLA RIQUELME, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1978, p. 33. Véase también DEPASSIER BAETZNER, Cuestiones prejudiciales civiles en el juicio criminal, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 1942, p. 25.

7 11 C. Concepción, 27 agosto 1926, G., 1926, 2° sem., N.°155, p. 655; C. de Santiago, 13 de junio de 1957, R., t. 54, sec 4ª, p. 144 ; y, C. Punta Arenas, 25 agosto 1960, R., T. 57, sec. 4a, p. 189 (en Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código de Procedimiento Penal, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980, pp. 16 y 19). También G. 1936, I Sem., p. 544 (citada por FONTECILLA, ob. cit., pp. 36 y 37). Asimismo C. Suprema 1971, R., t. LXVIII, sec. 4ª, p. 34; C. Temuco 1936, R., t. XXXV, sec. 2ª, p. 25; C. Suprema 1984, G., N°47 (1984), p. 73; C. Suprema 1984, RFM, N°306 (mayo 1984), p. 188; y, C. San Miguel 1997, Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte de Apelaciones de San Miguel, abril y mayo de 1997 (14/5/97).

8 La Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal remarcó el carácter taxativo que tienen en nuestra legislación las cuestiones prejudiciales civiles: “La Comisión estima, sin embargo, preferible limitar las cuestiones civiles prejudiciales, (...) a los casos consignados en el artículo (20) aprobado”. Véase LAZO, Los códigos chilenos anotados: orígenes, concordancias y jurisprudencia del Código de Procedimiento Penal, Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago 1916, p. 58.

Cuentas regulado en los artículos 95 a 130 de la Ley N°10.366, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

El mencionado juicio de cuentas podría tener lugar, en el caso de investigaciones seguidas por hechos que configuraran alguno de los delitos previstos en los párrafos 5° y 6° del Título V, Libro II del Código Penal, esto es, delitos de malversaciones y de fraudes, en los que pudiera ser necesario contar con una liquidación de cuentas de modo previo a la persecución penal de estas conductas.

En este sentido, la discusión legislativa del antiguo artículo 20 del Código de Procedimiento Penal, que sirvió de antecedente del actual inciso 2° del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, estableció que el antejuicio civil para perseguir la responsabilidad criminal de los funcionarios públicos que administren, recauden o inviertan fondos fiscales iba a ser necesario cuando, para determinar la existencia de alguno de los delitos previstos en los párrafos 5° y 6° del Título V del Libro II del Código Penal, sea menester contar con una liquidación previa de cuentas; y que no lo sería, cuando el delito se manifieste en los antecedentes o comprobantes que obran en poder del mismo inculpaado o por otros medios independientes del juzgamiento de las cuentas: *“como sería si un desfaldo se revelara por los propios libros del presunto culpable o por un simple arqueo de caja”*.

Una situación interesante de apuntar se refiere a que en el desarrollo de ese juicio de cuentas podría ocurrir que se tomara conocimiento de hechos que revistieran carácter de delito; disponiendo el artículo 117 de la Ley 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República que: *“Si durante la tramitación del juicio se advierte la existencia de hechos delictuosos de los que no tenga conocimiento la justicia ordinaria, el juez de cuentas ordenará formular la denuncia correspondiente. Si estima que esos hechos tienen relación directa con el reparo objeto del juicio, suspenderá el procedimiento hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio criminal”*.

En base a esta disposición, la Contraloría General de la República al advertir, durante la tramitación del juicio de cuentas, la existencia de un ilícito penal de que no tenga conocimiento la justicia ordinaria, deberá formular la denuncia correspondiente, y si además estima que los hechos tienen relación con el reparo objeto del referido juicio de cuentas, puede paralizar el procedimiento en espera de lo que resuelvan los tribunales ordinarios con competencia en lo penal. En consecuencia, la Contraloría en todo caso debe denunciar los hechos delictuosos de que toma conocimiento a propósito de un juicio de cuentas y no se suspende este procedimiento por esta denuncia, a menos que los hechos estén relacionados con el reparo objeto del juicio, porque en tal caso suspende el procedimiento de cuentas. Por ejemplo, una denuncia por fraude o malversación no tiene por qué, en principio, suspender el procedimiento de cuentas,

tomando en consideración además que las responsabilidades administrativas y civiles del cuentadante son independientes de su eventual responsabilidad penal.

De todo lo anterior se puede concluir que las investigaciones por los delitos de malversación y fraude, que cuenten con antecedentes suficientes para sustentar una acusación penal, no requerirían contar con un juicio de cuentas previo, no enfrentándose en esos casos a la existencia de una cuestión prejudicial previa.

Por el contrario, si se estima que concurre una cuestión prejudicial sobre cuentas fiscales, se pueden dar dos situaciones: una, que ya se haya iniciado el juicio de cuentas, debiendo en ese caso cerrarse la investigación por el fiscal respectivo y solicitar el sobreseimiento temporal de la causa, si los antecedentes de la investigación de los delitos de malversación de caudales públicos o bien de fraudes y exacciones ilegales, se estiman insuficientes para fundar una acusación. O bien, si el juicio de cuentas aún no se ha iniciado y los antecedentes de la investigación de alguno de los delitos antes señalados son insuficientes para fundar una acusación, debiendo solicitar a la Contraloría General de la República que lleve a cabo el examen de cuentas correspondiente.

c) *Breves nociones del examen y Juicio de Cuentas.* Debemos indicar, como primera cuestión, que el examen y el Juicio de Cuentas⁹ están regulados en los artículos 95 al 130 de la Ley N°10.366, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Y agregar que el *examen de cuentas* tiene dos objetivos: i) Fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República, como también de la inversión de los fondos que realizan esas corporaciones, comprobando en ambos casos, si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su ingreso y su aplicación o gasto; ii) Comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad.

Si en el curso de un examen de cuentas se detectan hechos irregulares que pudieren constituir delito, el Contralor puede decidir remitir los antecedentes a la Justicia Ordinaria, en cuyo caso el examen continuará hasta la formulación del reparo o hasta el otorgamiento de finiquito. El juicio en tanto se suspenderá en espera del curso de la acción penal (artículo 102 en relación al 117 de la Ley N°10.336).

9 Véase QUEZADA, Cuestiones prejudiciales y precautorias, Digesto Ediciones Limitada, Santiago 1997, pp. 153 y 154; PEREIRA, La cosa juzgada en el proceso civil, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago 1997, p. 210.; DEPASSIER, Cuestiones prejudiciales civiles en el juicio criminal, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 1942, pp. 34 y 35. Asimismo, sobre el juicio de cuentas véase CALDERA, El juicio de cuentas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980, pp. 35 ss.

Terminado el examen de cuentas, puede suceder que no existan reparos que formular, o bien que se acepten las aclaraciones a las observaciones realizadas, o bien que se formulen reparos, situación esta última que da origen al juicio de cuentas.

En relación ahora al *juicio de cuentas* propiamente tal, debemos indicar que en el interviene el Subcontralor como tribunal de primera instancia y el Contralor General como órgano jurisdiccional de segunda instancia junto con dos abogados integrantes designados al efecto. Por regla general, comienza por iniciativa de la Contraloría General de la República cuando, durante el examen de una cuenta, advierte que ésta no ha sido rendida en forma legal, formulando el reparo respectivo. Otra forma en que se puede dar inicio al juicio de cuentas, está prevista en el artículo 129 de la Ley N°10.336, que indica: *“Si de los sumarios que sustancie la Contraloría se dedujere responsabilidad civil del funcionario en relación con los bienes que administra o custodia, sus conclusiones serán consideradas como suficiente examen de cuentas para los efectos de proseguir el juicio de cuentas”*. La misma norma agrega que: *“En este caso, el Contralor dispondrá que se eleven los antecedentes al juez de cuentas a fin de que, considerándose las conclusiones del sumario como un reparo, prosiga el juicio correspondiente en conformidad a las normas de este título (séptimo)”*.

Este juicio de cuentas se inicia con la formulación de un reparo, en el evento de que falten los requisitos legales o reglamentarios detectados en el examen de la cuenta, que se dirige por el Jefe del Departamento que examinó la cuenta al Subcontralor¹⁰. Recibido el reparo por el Subcontralor, debe dar traslado al cuentadante por el término de 15 días (artículo 107 de la Ley 10.336). Dentro de este plazo el cuentadante puede contestar el reparo, haciendo valer todas las alegaciones o defensas y acompañar todos los documentos que estime pertinentes para su defensa (artículo 109). Con dicha contestación o, en su defecto, mediando la rebeldía del cuentadante, el tribunal debe enviar el expediente al Jefe del Departamento que formuló el reparo, con el propósito de que emita un informe dentro de 30 días (artículo 110, primera parte). Recibido el informe por el Jefe del Departamento respectivo, el expediente debe ser remitido al fiscal de la Contraloría General de la República, quien será parte en el juicio como representante de los intereses del Fisco o de las instituciones públicas afectadas. Quien debe contestar dentro de 15 días, enviándolo al Juzgado de Cuentas (artículo 110, segunda parte). El Subcontralor puede abrir un término probatorio de 15 días (artículo 111), como asimismo corregir de oficio los errores u omisiones que observe en la tramitación del proceso (artículo 112).

10 Debemos tener presente que todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes, deben rendir a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determine la Ley N°10.366 (art. 85 de esa Ley N°10.366).

Cumplidos los trámites anteriores, el expediente queda en estado de sentencia, la cual deberá ser dictada en el plazo de 30 días (artículo 113). Contra esa sentencia –la cual debe contener las menciones que indica el artículo 114– es procedente el recurso de apelación, cuyo conocimiento se entrega por la Ley N°10.336 al Contralor General de la República. El plazo para interponer el recurso es de 15 días, contados desde la notificación de la sentencia de primera instancia, y debe presentarse ante el Subcontralor (artículo 119, incisos 1° y 2°).

El Contralor General se pronunciará en segunda instancia en el plazo de 30 días, contado desde la concesión del recurso de apelación, después de oír al recurrente y al Fiscal en la misma forma y plazos establecidos para la primera instancia (artículo 119, inciso final).

Contra la sentencia de segunda instancia sólo es procedente un recurso especial de revisión, cuyo conocimiento corresponde al Contralor General. Este recurso debe estar fundado en la falta de emplazamiento, error de hecho o nuevos antecedentes o circunstancias que puedan probarse con documentos no considerados en la resolución cuya revisión se solicita. El plazo para interponerlo es de 3 meses para los residentes en el territorio de la República y de 6 meses para los ausentes del país, contados ambos desde la notificación del fallo recurrido (artículo 126). Igualmente es procedente el recurso de queja del artículo 98 número 7 del Código Orgánico de Tribunales, cuando se trate de una sentencia de segunda instancia dictada con falta o abuso.

Como antes se explicó, si durante el desarrollo del juicio de cuentas surgen antecedentes que revistan el carácter de delito, el proceso administrativo se suspende hasta que finalice el procedimiento penal respectivo.

d) *Oportunidad procesal para promover las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal.* En relación a este tema, y dado que el texto legal no es claro, se puede sostener –realizando una interpretación armónica del Código Procesal Penal– que las cuestiones prejudiciales civiles pueden ser promovidas durante todo el curso de la investigación y también una vez cerrada ésta, en dos estadios procesales adicionales: audiencia de preparación del juicio oral y juicio oral; ello, toda vez que las cuestiones prejudiciales civiles tienen relación con el núcleo de la conducta típica que será objeto del conocimiento jurisdiccional y, por tanto, permitirán que el tribunal pueda arribar al nivel de convicción exigido en el artículo 340 del Código Procesal Penal y, además, evitando que un eventual pronunciamiento jurisdiccional pueda devenir en ineficaz (economía procesal), sea en virtud de un recurso de nulidad fundado en el motivo absoluto de la letra e) del artículo 374 del cuerpo legal antes citado, que se hace cargo de aquellos requisitos de la sentencia que, justamente, dicen relación con los elementos de fondo que permiten constatar el cumplimiento de la regla del artículo 340 del mismo código, o bien, de un procedimiento de revisión fundado en la causal prevista en la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal.

Si se plantean en la audiencia de preparación de juicio oral, ellas pueden ser opuestas por el acusado al contestar la acusación del Ministerio Público, como excepciones de previo y especial pronunciamiento de naturaleza dilatoria, pues la materia del asunto planteado incide en la válida formación de una relación jurídica procesal.

Ahora bien, el artículo 264 del Código Procesal Penal, que señala las excepciones de previo y especial pronunciamiento que el acusado puede oponer, en apariencia parecer ser taxativo, sin embargo, si leemos detenidamente el artículo 171 del Código Procesal Penal nos percataremos que las cuestiones prejudiciales civiles reguladas en dicho texto legal reúnen los elementos propios de las excepciones del carácter aludido, puesto que la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Procesal Penal señala que estas cuestiones producen el efecto de suspender el curso del procedimiento. Por lo tanto, al promoverse dicha excepción, el juez de garantía deberá, en términos similares a lo señalado por el artículo 271 del Código Procesal Penal, abrir debate sobre la cuestión prejudicial civil promovida y, en caso de acoger la excepción, pronunciar sobreseimiento temporal de la causa en virtud de la letra a) del artículo 252 del Código Procesal Penal. Es decir, se tratará de un examen de admisibilidad en orden a determinar si la cuestión promovida posee fundamentos plausibles.

Si estas cuestiones prejudiciales civiles son opuestas o promovidas en el curso del juicio oral, el Tribunal Oral está obligado a decretar la suspensión del respectivo juicio en virtud del claro mandato del inciso segundo parte inicial del artículo 283 del Código Procesal Penal CPP al señalar que: “*El juicio se suspenderá por las causas señaladas en el artículo 252*”. No obstante lo anterior, el Tribunal Oral deberá efectuar un examen de admisibilidad en los términos señalados en el párrafo anterior.

Finalmente otro aspecto interesante de examinar a propósito de la oportunidad procesal para promover las cuestiones prejudiciales civiles, lo constituye el determinar desde cuándo pueden ser promovidas en el curso de la investigación, en el caso que sea el imputado quien las plantee, pudiendo afirmarse que el momento parecería ser cualquiera posterior a la formalización de la investigación, esto porque sólo en dicho momento el imputado estaría en conocimiento de los hechos que se le imputan en forma cierta, y estaría en condiciones de alegar fundadamente la concurrencia de las cuestiones prejudiciales civiles analizadas.

- e) *Efectos de las cuestiones prejudiciales civiles.* Conforme al artículo 171 inciso final del Código Procesal Penal, el efecto que provocan es la suspensión de proceso penal hasta que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme. No obstante este efecto, ello no impide que se verifiquen aquellas actuaciones urgentes y estrictamente necesarias para conferir protección a la víctima o

a testigos o para establecer circunstancias que comprobaren los hechos o la participación del imputado y que pudieren desaparecer.

- f) *Deber de legitimación activa de la causa civil.* Corresponde al Ministerio Público iniciar el proceso civil previo e intervenir en él hasta su término, instando por su pronta conclusión. En este sentido, los fiscales deberán promover la iniciación de la causa civil, deduciendo la pretensión meramente declarativa o de certeza pertinente, persiguiendo dar curso progresivo a los autos. Con ese propósito, podrán formular solicitudes tales como que se cite a las partes para oír sentencia, se reciba la causa a prueba, se pida cuenta de diligencias probatorias, se ingresen los autos a resolver respecto de incidentes pendientes o se tenga por evacuado un trámite en rebeldía de alguna de las partes.

Se estima además que, dentro de la promoción de la iniciación de la causa civil, se incluyen no sólo las atribuciones de instar a los intervinientes por la iniciación de la causa civil, sino que incluso la posibilidad que sea el propio Ministerio Público el que inicie la acción civil y la promueva hasta su término con el objeto de obtener una declaración de certeza sobre la cuestión previa que impide la acción penal persecutoria.

En todo caso, sea que el Ministerio Público sea parte o tercero independiente en la causa civil, el título que legitima su actuación es la propia ley (artículo 171 inciso 3° del Código Procesal Penal) y su atribución se inserta en la resolución previa de cuestiones que son elementos necesarios para la persecución de la acción penal que le exige la Constitución Política en su artículo 80 A.

En lo que dice relación con los juicios de cuentas, los fiscales del Ministerio Público también pueden intervenir en ellos instando por su pronta conclusión, pues el artículo 171 del Código Procesal Penal no restringe el órgano jurisdiccional ante el cual se puede actuar solicitando una rápida finalización del procedimiento. En efecto, el precepto se refiere en forma amplia a cualquier tribunal que no ejerciere jurisdicción en lo penal. En consecuencia, los fiscales están autorizados para instar por una rápida solución de la controversia que se ventila en el juicio de cuentas, por lo que podrán pedir la agilización de los actos comprendidos en el procedimiento.

Una vez que la sentencia dictada por el tribunal que no ejerciere competencia en lo penal se encuentre firme o ejecutoriada, los fiscales solicitarán al tribunal de garantía la reapertura del procedimiento (artículo 254 del Código Procesal Penal), o bien el sobreseimiento definitivo de la causa (causal de la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal), dependiendo de si la resolución da por acreditado o no el elemento que permite fundar la existencia del ilícito penal.

III.- Conclusiones

En el curso de una investigación por delitos funcionarios puede presentarse la alegación de concurrencia de una cuestión prejudicial civil, la que puede ser promovida tanto por fiscales como por la defensa de algún imputado.

Así, en el evento que el persecutor estime que para formar su convicción de acusación en un caso concreto, requiere previamente la realización, por parte de la Contraloría General de la República, de un juicio de cuentas, por ejemplo, a fin de disponer mejores y mayores antecedentes probatorios, puede recurrir a las reglas que da el artículo 171 del Código Procesal Penal y solicitar la suspensión del procedimiento penal hasta que se encuentre ejecutoriado el juicio de cuentas. Por el contrario, si estima que cuenta con antecedentes suficientes y contundentes, atendido a que el hecho punible se manifiesta en los documentos que obran en poder del mismo imputado, o en el servicio al que pertenece, o bien que se puede arribar a la convicción de acusación por otros medios independientes del juzgamiento de las cuentas, no es necesario que solicite la suspensión antes aludida.

Lo anterior resulta plenamente coherente con las normas del examen y juicio de cuentas que hemos tratado brevemente, las que disponen por contrapartida la suspensión de los procedimientos administrativos si los hechos pudieren revestir el carácter de delito, ordenando la realización de la respectiva denuncia y su inhibición en espera de los resultados del juicio penal.

Finalmente, es importante tener presente la eventual petición que pudiere realizar la defensa de un imputado, en cuanto a solicitar la suspensión del procedimiento penal por existir cuestiones prejudiciales civiles pendientes, petición que entendemos sólo sería admisible de promover con posterioridad a la formalización de la investigación, pudiendo también oponerla como excepción dilatoria en la audiencia de preparación de juicio oral y, eventualmente, reiterarla en el propio juicio oral, como lo hemos visto.

TRIBUNAL DE GARANTÍA DE PITRUFQUÉN CONDENA A SECRETARIO COMUNAL DE PLANIFICACIÓN POR DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO, NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE E INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

Cristian Crisosto Rifo¹

Antecedentes de la investigación

1) Con fecha 8 de febrero de 2010 el Tribunal de Garantía de Pitrufrquén, IX Región, en el marco de un procedimiento abreviado mediante acusación verbal, dictó sentencia condenatoria en contra del ahora ex Secretario Comunal de Planificación del municipio de la misma comuna, por los delitos de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2; falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6; y negociación incompatible del artículo 240 inciso primero, del Código Penal, todos en grado de consumado y en calidad de autor, estando a la fecha la sentencia firme y ejecutoriada.

La estrategia del caso se desplegó a partir de la formalización de dos imputados en la causa: el funcionario público por los tres ilícitos ya anotados, y un particular empresario de la construcción en calidad de autor cooperador del delito de negociación incompatible. Teniendo en cuenta que a este ilícito se le considera un delito especial propio, es decir, de aquellos que requieren para su configuración a nivel de tipicidad que el sujeto activo ostente determinada calidad personal, en este caso la de funcionario público, se estimó que si bien evidentemente el empresario no compartía dicha calidad, lo que impide que sea autor ejecutor del ilícito, no existen argumentos suficientes para rechazar la tesis que sí pueda ser imputado a título de autor inductor o autor cooperador, como en este caso, ya que se estimó que teniendo conocimiento de la ejecución del hecho, pero no contando con el dominio del mismo, prestó la colaboración necesaria para que éste se consumara.

Este particular no tenía condenas anteriores ni causas vigentes en la Fiscalía, ostentando además una posición procesal privilegiada para acreditar principalmente la negociación incompatible del acusado funcionario público, colaboración que se plasmó efectiva y eficazmente en el proceso, por lo cual en definitiva se suspendió condicionalmente el procedimiento a su respecto.

En la sentencia el Tribunal acogió la teoría del caso de la Fiscalía, destacando el pormenorizado análisis que el Tribunal efectuó sobre los elementos del tipo penal de los ilícitos sancionados, además de su razonamiento en torno a que los

1 Fiscal Adjunto Especializado de la Fiscalía Local de Temuco, Ministerio Público.

tres delitos concurrían en concurso material y no ideal, profundidad analítica no siempre presente en las condenas en procedimiento abreviado.

2) Los hechos de la acusación y que se dieron acreditados por el Tribunal se refieren a que a mediados del año 2008 la Municipalidad de Pitrufquén efectuó una licitación pública con el objeto de adjudicar el contrato denominado “Instalación calefacción Postas Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufquén”.

A dicho proceso se presentaron como postulantes Ingeniería y Construcciones ECOCIL LTDA CONSTRUCTORA, y la empresa Innovación y Tecnología Ltda.. (INTEC LTDA.), cuyo representante legal era el empresario M.S.E. La Comisión de Evaluación de la Licitación estuvo conformada por tres directivos municipales, entre ellos el imputado en su calidad de Secretario Comunal de Planificación, quien además elaboró las bases de licitación. El imputado, en el ejercicio de sus funciones, y antes de la licitación, le solicitó al mencionado empresario licitar en forma aparente a través de su empresa, con el objeto que en la práctica fuera él mismo quien se adjudicara el contrato. Así, el coimputado S.E., a solicitud del funcionario, se presentó a la Licitación.

Posteriormente el funcionario, durante la licitación, se percató que la empresa INTEC. LTDA. no contaba con un certificado requerido por las Bases, emitido por la SEREMI de Obras Públicas, a raíz de lo cual infringió su deber de custodia de la documentación pública a su cargo, pues extrajo un certificado de inscripción vigente perteneciente a otra empresa. Luego de ello, adulteró dicho documento, incorporándolo a nombre de la empresa INTEC LTDA., destruyendo o haciendo desaparecer el certificado original. De esta forma, siendo además miembro de la Comisión de Evaluación de la Licitación, a la empresa INTEC Ltda. le fue adjudicado el contrato.

Aspectos relevantes del fallo

3) En primer lugar cabe consignar que el fallo dio por acreditada la especial calidad personal de “empleado público” en el considerando 8° con el mérito del Decreto Alcaldicio de Nombramiento respectivo, del año 2006.

Sin perjuicio de ello, puede concluirse del mismo considerando que a pesar de la existencia del documento, la calidad de funcionario también se acreditó por el hecho que en las actas de la Comisión Evaluadora de la Licitación apareció la persona del imputado cumpliendo funciones como miembro de la misma, por lo cual independientemente del nombramiento formal, se optó por una concepción de empleado público de tipo funcional, es decir, de aquel sujeto que intervino o participó en el funcionamiento del aparato público, en este caso en el proceso licitatorio.

4) Respecto del delito de Infidelidad en la custodia de documentos, el considerando 11° da por acreditado el delito, entre otros antecedentes, con el mérito

del documento acompañado al proceso emanado de la alcaldía, según el cual queda establecido que es el Secretario Comunal de Planificación el encargado de custodiar los documentos presentados por las empresas a los procesos licitatorios públicos y privados.

Adicionalmente, fue posible establecer la sustracción del referido certificado, porque buscado éste en dependencias de la SECPLAC, en la carpeta del contrato correspondiente a la empresa realmente titular del mismo, y que lo había presentado en una Licitación del año anterior, no fue posible hallarlo en dicha época ni hasta la fecha. En efecto, el sentenciador discurre sobre el concepto de “sustracción”, haciendo suyo lo expresado por Etcheberry (Derecho Penal, Tomo IV, 1998), aseverando que para configurar el delito es necesario que se extraiga el documento por el funcionario que tiene su custodia desde la esfera de resguardo de la administración. Así apreciado, el imputado incurrió, a nuestro juicio, no sólo en un quebrantamiento de la confianza depositada en él, sino que además produjo un entorpecimiento en el funcionamiento de la municipalidad, pues se adjudicó el contrato a una empresa no calificada, y, por último, generó un riesgo de lesión de los derechos de empresa titular del documento de carácter patrimonial, puesto que aquella para obtenerlo debió cumplir con diversos requisitos técnicos y económicos exigidos por el Ministerio de Obras Públicas, los que cumplidos le permiten particular y precisamente a ella participar de cierto tipo de contratos en el sector público.

5) Cabe destacar que el funcionario condenado no tenía la facultad de destruir dichos documentos, sino que su obligación era precisamente custodiar el mismo, máxime si estaba vigente para su titular. Vinculado a esto puede apreciarse que existió apoderamiento físico del certificado, pues desapareció de la carpeta donde se guardaba, y apareció una copia adulterada del mismo en la licitación espuria que fue objeto del delito de negociación incompatible. En dicho sentido, la sustracción, como dice Etcheberry, se consuma “*cuando el documento sale de su esfera de custodia como funcionario, y pasa a su esfera de custodia como persona privada*”. Por tanto, en el caso de marras es posible aseverar que este delito se consumó al momento de extraerlo de la Secretaría Comunal de Planificación, dejando en dicho momento de estar a resguardo del municipio. Además, el delito se configuró independientemente de si se producía “grave daño a la causa pública o de tercero”, como reza la norma del artículo 242 del Código Penal, debiendo entenderse dicha frase como un elemento consignado para efectos de la penalización del delito y no como un elemento del tipo, considerando el bien jurídico protegido que se lesionó, pues el delito se consumó con la sola sustracción o destrucción del documento, pudiendo concluir entonces que se trata de un delito formal o de mera actividad, respecto del cual resulta dudoso aceptar su comisión fraccionada.

Por las mismas razones, y ya analizándolo desde el aspecto subjetivo, resulta indiferente el móvil o motivación para cometerlo, tal como indica cierta doc-

trina: “por ánimo de lucro o por cualquier otro motivo”. (Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena, Delitos contra la función pública, Editorial Jurídica de Chile, 2005). Coincidimos además con dichos autores en que se requiere para cometerlo dolo directo, pues se necesita no sólo quebrantar la confianza depositada en el funcionario, sino además entorpecer el buen funcionamiento del municipio, infracciones que fueron cometidas en este caso por un directivo municipal con años de experiencia en el sector, de lo cual debe desprenderse el conocimiento de los rudimentos de operación de este tipo de entidad pública, y por cierto de las limitaciones éticas, reglamentarias y legales impuestas a su función pública.

Por último, y si bien es cierto el fallo no lo menciona expresamente, en la práctica el acusado realizó tanto la conducta de sustraer como la de destruir, pues en definitiva el único vestigio que se mantiene del certificado original es precisamente la copia adulterada del mismo, la cual se incorporó al proceso de licitación en que incidió el delito de negociación incompatible.

6) Como corolario debe hacerse presente que el referido delito cobra actualidad en cada proceso de cambio de autoridades políticas o administrativas. En efecto, en estos días se han escuchado voces acerca de la posibilidad de extender la responsabilidad administrativa a los funcionarios públicos que dejan sus cargos por el lapso de seis meses luego de desvincularse de los mismos. Lo anterior demostraría que la custodia permanente de documentos oficiales parece ser una necesidad imperiosa para el buen funcionamiento de la administración, por una parte, y por la otra, que resulta plausible propender a generar mecanismos administrativos que protejan la integridad de la documentación pública, sin perjuicio de seguir vigentes las normas penales, como extrema ratio, de nuestro Código Penal;

7) En cuanto al delito de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6, su calificación jurídica no estuvo exenta de dificultad, pues existían por los menos dos numerales de dicho artículo potencialmente aplicables. Sin embargo, lo relevante para el caso es que, a partir de los antecedentes de la causa, el Tribunal, en el considerando 12°, estimó que el documento original efectivamente existió, y que el mismo fue modificado con el objeto de presentar un certificado distinto a otra licitación. En efecto, así considerado, se trató de una falsificación de carácter material, que significó un cambio sustancial del sentido jurídico del certificado, pues éste sólo habilitaba a determinada empresa para ejecutar cierto tipo de obras para la Administración Pública, no obstante luego de la adulteración, dicho documento habilitaba a desarrollar esa categoría de obras a una empresa diferente y que no estaba calificada por el MOP para desarrollarlas. Es decir, se modificó significativamente tanto el titular del mismo como sus efectos.

8) *El Tribunal lo tuvo por documento público o auténtico, entre otras consideraciones, por el formato especial y particular de este tipo de certificados y la declaración del*

Fiscal del Ministerio de Obras Públicas, para lo cual vinculó las normas del artículo 193 del Código Penal con las del artículo 1699 del Código Civil. En efecto, el Tribunal estimó que por haber sido emitido dicho certificado por el Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas de la IX Región de La Araucanía, a la luz de la disposición legal citada, constituía aquel el “documento verdadero”, según la doctrina que entiende que estos documentos verdaderos pueden ser “públicos o auténticos”, y a su vez éstos lo serán cuando a la formación de los mismos concurre un funcionario público obrando en su carácter de tal y en el cumplimiento de sus funciones legales. Aquí se trae a colación el artículo 1.699 del Código Civil, al señalar que es “instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”, por lo que en definitiva al haber sido otorgado el original certificado N°114 señalado por el Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas de la IX Región de La Araucanía, hizo que este documento o instrumento tuviera el carácter de público y, además, verdadero por haber sido conferido por el competente funcionario y con las solemnidades legales de rigor.

De la falsedad del documento dio cuenta el Informe Pericial Documental emanado de la perito del Laboratorio de Criminalística de la Policía de investigaciones, el que concluyó que el formato del documento era falso, lo que permitió deducir además que el original se destruyó o se sustrajo, y antes de eso se hizo una copia incorporando los datos falsos de INTEC Ltda. a ese documento. De todo lo anterior se logró concluir que se hicieron alteraciones o cambios en el documento verdadero que cambiaron significativamente su sentido.

9) En cuanto al elemento subjetivo del tipo de “abusar de su oficio”, aparece de los antecedentes de la causa y del análisis del fallo que la falsificación no se realizó por negligencia o debido a algún error de parte del acusado, sino que el dolo directo emana a partir de su participación como autor de las bases generales y especiales de la Licitación, su contacto previo con el licitante no calificado, el quebrantamiento del deber de custodia que sobre él recaía al sustraer el certificado, como también su participación en la Comisión Evaluadora de la Licitación, en la cual tuvo conocimiento de la existencia del certificado falso presentado por el licitante no calificado, que en los hechos era él mismo.

10) Por su parte, la autoría directa del acusado se desprende en particular del testimonio del Alcalde del municipio, a quien en una conversación de tipo personal posterior a la época de inicio del proceso penal le informó de aquello, como también de la declaración del particular y segundo imputado, y de los antecedentes expuestos por el Fiscal del Ministerio de Obras Públicas, todos mencionados en el considerando 12°. Por supuesto que siendo este delito uno de aquellos considerados por la doctrina como de peligro abstracto, el hecho de haber sido el autor de la falsedad el mismo que hizo uso del documento falsificado, no correspondía penarlo dos veces por la misma conducta, pues el uso posterior del documento correspondió a la etapa de agotamiento del delito de falsificación.

11) En cuanto al delito de negociación incompatible del artículo 240 inciso primero del Código Penal, el considerando 13° del fallo se encarga de estudiar sus elementos objetivos, analizando en primer lugar si la conducta del acusado la realizó en el contexto de algún contrato u operación en que le correspondía intervenir por razón de su cargo. Concluyó en esto afirmativamente el Tribunal por el hecho de haber elaborado las Bases Generales y Especiales de Licitación, su intervención en calidad de SECPLAN en la Comisión Evaluadora de las ofertas y en dicho contexto haber firmado el Informe de Adjudicación, sobre la base del cual el Alcalde firmó el contrato con el licitante no calificado, “socio de hecho” del acusado.

Interesante es consignar que para acreditar este elemento del tipo el sentenciador no requirió que el acusado haya tenido individual y exclusivamente las facultades de adjudicar el referido contrato, sino que incluso habiendo formado parte de una organismo colegiado en el contexto del cual emitió su voto a favor de la propuesta, constituyó ésta una conducta suficiente para darlo por establecido. En efecto, estimamos que lo central para acreditar este elemento del tipo consiste en que el funcionario participe o intervenga en el funcionamiento de la Administración, no exigiéndose que el propio funcionario sea quien en forma exclusiva ostente el poder para decidir el asunto sometido a su consideración, sino que resulta suficiente tener algún grado de participación relevante en el proceso de manifestación de voluntad del órgano público respectivo, en términos de tener la capacidad de vulnerar el bien jurídico protegido, situación que efectivamente se presentó en este caso.

12) A continuación el fallo, en el mismo considerando 13°, analiza el concepto “tomar interés”, siguiendo de cerca las Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial de Politoff, Matus y Ramírez, primera edición. Ed. Jurídica 2004., indicando que: “Las expresiones “tomar interés” y “dar interés” empleadas por los tipos no implican la idea de obtención efectiva de ventajas, sino tan sólo la de “interesarse” o “interesar”, esto es, como señala el Diccionario en su segunda acepción, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés. Todo lo que importa, en atención a la *ratio legis* de la norma, es que la “operación” en la que se interviene o se da intervención a otro tenga carácter lucrativo, pues únicamente en esas circunstancias surge el peligro que la ley propone evitar”.

Coincidimos en lo medular con lo expuesto por el sentenciador, por cuanto efectivamente el acusado, en el ejercicio de sus funciones públicas, subrepticia y secretamente tomó parte en el contrato que se estaba licitando, siendo dicho interés de tipo personal, puesto que de los antecedentes se desprende que existió animo del imputado en lucrarse con la operación. Adicionalmente, aquel interés fue indirecto, como asevera SS., ya que pretendió obtener el dinero a través de un tercero, en este caso el particular empresario. También la doctrina y la jurisprudencia consideran a este delito como de peligro abstracto, pues

resulta irrelevante para su configuración que el autor logre efectivamente recibir la parte que pretendía “tomar” o “recibir”, bastando la mera conducta de interesarse en el contrato u operación. En todo caso, los hechos indican precisamente que el interés que tomó el imputado tuvo su sustrato en el ánimo de lucro, pues el contrato que se licitó tenía un precio de \$7.000.000.

13) En cuanto a la conurrencia de los tres delitos en concurso, el Tribunal acogió la tesis de la Fiscalía en el sentido que según los hechos y antecedentes de la investigación las tres conductas se presentan a los ojos del Derecho en concurso real o material. En efecto, este se produce: “cada vez que un mismo sujeto ha realizado dos o más conductas independientes, cada una de las cuales constituye un hecho delictivo, sin que haya recaído sentencia penal ejecutoriada respecto de ninguna de ellas” (Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho penal, Tomo II, 2ª edición, 1985). Además, tal como cita el fallo a Garrido Montt, aparece de la causa que cada una de las conductas delictivas por sí misma lesionó independientemente el bien jurídico que de manera individual pretenden resguardar, lo que se demuestra además al apreciar que cada una de las tres conductas no fueron ejecutadas simultáneamente sino que en momentos diferentes.

En efecto, temporalmente la primera fue la constitutiva del delito de negociación incompatible, puesto que el acusado contactó al empresario M.S.E. y le propuso actuar como “palo blanco” en una Licitación, la cual como SECPLAN tendría controlada. Con esta conducta se satisfizo el tipo penal del artículo 240 inciso primero, al confundir el acusado voluntaria y razonadamente el interés público al que estaba destinada la Licitación de Postas Rurales con el suyo propio, con el objeto de obtener un lucro personal, resultando a la vez garante tanto de los intereses del municipio como de los suyos propios, infringiendo así su deber de probidad en el ejercicio del cargo. En suma, ya con esta conducta el delito se había consumado.

En dicho sentido, si se pretendió por el legislador al incorporar este delito al Código Penal sancionar lo que antes podía considerarse un acto preparatorio o una tentativa de fraude al fisco del artículo 239 del mismo código, este sería un caso concreto en que se dio aplicación al espíritu de la norma, pues bastó que el acusado tomara interés en el contrato para que se consumara la negociación incompatible, evitando así el perjuicio patrimonial efectivo del municipio, anticipando la sanción penal a título del artículo 240 inciso primero, no siendo necesario recurrir al artículo 239 del mismo código de castigo.

14) El segundo delito cometido fue el de la infidelidad en la custodia de documentos. En efecto, este delito fue independiente del anterior, ya que se dio principio a su ejecución y se consumó en circunstancias que el proceso de licitación pública ya se había puesto en marcha y se habían recibido los documentos de la propuesta pública de los oferentes a la misma, entre ellas la del

“testaferro” del acusado. Así, percatándose el imputado que a la oferta de aquel le faltaba un certificado expedido por el MOP de la IX Región, estando en conocimiento que debía custodiar los documentos entregados por empresas postulantes a las licitaciones, sustrajo e hizo desaparecer el certificado correspondiente a una empresa distinta. Es decir, con la conducta de sustraerlo de la esfera de resguardo de la administración y hacerlo desaparecer ya se había lesionado el bien jurídico protegido de la norma, y el delito estaba consumado, añadiendo a dicha infracción el quebrantamiento de la confianza depositada en su cargo, puesto que la empresa de S.E. no podía legalmente haber continuado participando en las siguientes etapas de la licitación.

A la hora de evaluar la consumación de este delito es importante recordar que el mismo está configurado como delito de mera actividad, por lo que el destino del documento sustraído resultó irrelevante a la hora de evaluar su nacimiento al mundo jurídico.

15) La falsificación de documento público del artículo 193 N°6 fue el último de los 3 delitos que, temporalmente hablando, cometió el acusado. En efecto, ya consumados los dos delitos anteriores y puesto en la necesidad de completar los antecedentes requeridos por el proceso de licitación para “su” oferente, en un acto posterior e independiente, y ya habiendo sustraído el certificado de inscripción de la esfera de resguardo de la administración, intervino materialmente el mismo, obteniendo una especie de copia, a la cual le cambió sus componentes originales resultando modificada sustancialmente su naturaleza material, pues se cambió el nombre del titular del mismo, y por este medio alteró significativamente sus efectos jurídicos.

Concorre en concurso material con el de infidelidad en la custodia de documentos, desde el momento que este último delito se consumó sólo con haber extraído el documento desde la esfera de resguardo de la administración, independiente de la finalidad que se le diera posteriormente al mismo. En efecto, el tipo penal se consuma independientemente del destino que se le dé en el futuro al documento, punto que resulta abonado desde el momento que la lesión del bien jurídico se cometió con la sola sustracción del certificado.

De la misma forma, la conducta posterior consistente en modificar y alterar la naturaleza material del mencionado documento lesionó un bien jurídico distinto, a saber: el de la fe pública expresada en la seguridad del tráfico jurídico. Por tanto, el acusado al momento de modificar la materialidad del documento e incorporarlo a la carpeta de antecedentes de la empresa de S.E., no calificada para obtener la postulación, ejecutó una conducta por completo independiente de la sustracción del documento, puesto que perfectamente estuvo en la posición de una vez extraído el documento de la esfera de resguardo del municipio, no haberlo falsificado ni incorporado al proceso de licitación, como también tuvo la posibilidad cierta de haberlo devuelto a su carpeta original,

circunstancias todas que de haber ocurrido, habrían imposibilitado la comisión posterior del delito de falsificación de documento público, tal como se dio en la realidad.

16) En cuanto a las penas solicitadas en el marco del procedimiento abreviado, se reconoció las atenuantes del artículo 11 N°6 y N°9, ambos de Código Penal, por haber propuesto el acusado este tipo de procedimiento, desestimando agravantes en perjuicio del mismo. Por lo anterior, se rebajó la solicitud de pena en un grado desde el mínimo asignado por la ley a cada uno de ellos, salvo en el delito de infidelidad de custodia de documentos, imponiendo el Tribunal las penas solicitadas. Cabe destacar que en el segundo de los delitos, estimó el Tribunal más beneficioso la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación vigente a partir del año 2009 con la Ley N°20.341, independiente que el hecho haya sido cometido en época anterior, lo que se estima dudoso, pues ahora la inhabilitación resulta no ser perpetua pero es más amplia desde el momento que se refiere “para cargos, empleos y oficios públicos”, y no “para el cargo u oficio”, como rezaba la norma antigua.

Texto de la Sentencia:

Pitrufuquén, ocho de febrero de dos mil diez.

VISTOS, OIDOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este Juez de Garantía de Pitrufuquén, en causa RUC 0801163447-9, RIT N°497-2009, el Fiscal Adjunto de Temuco del Ministerio Público don CRISTLIÁN CRISOSTO RIFO formuló acusación verbal en contra del imputado N.H.B.D., chileno, nacido en Concepción el 03 de Diciembre de 1953, 56 años de edad, cédula de Identidad N°XXXXXXX-X, profesional, domiciliado en calle León Gallo N°850, Temuco, representado legalmente por don JUAN CARLOS ROJO VENEGAS, abogado de la Defensoría Penal Pública Licitada, domiciliado en calle Bilbao N°343, 2º piso, de esta ciudad, por su participación en calidad de autor en los delitos consumados de

falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6, de negociación incompatible del artículo 240 inciso primero y de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2, todos del Código Penal.

SEGUNDO: Que la acusación deducida de manera verbal por el Ministerio Público en contra del acusado, en audiencia de fecha 1 de febrero de 2010, se funda en los siguientes hechos: “Durante mediados del año 2008 la Municipalidad de Pitrufuquén efectuó una licitación pública con el objeto de adjudicar el contrato denominado “Instalación calefacción Postas Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufuquén”. Es del caso que a dicho proceso se presentaron como postulantes las empresas CONSTRUCTORA Innovación y Tecnología Ltda.. Rut 76.016.976-9, (INTEC LTDA.) y la empresa Ingeniería y Construcciones ECOCIL LTDA., Rut 76.841.300-2. Así las cosas aproximadamente en el mes de octubre de 2008 el contrato se adju-

dicó en definitiva a la empresa INTEC Ltda., cuyo representante legal era don M.J.S.E., mediante el decreto alcaldicio respectivo.

Sin embargo, la empresa adjudicataria no cumplía con todos los requisitos exigidos por la licitación para ganarse el contrato, pues se exigía en éste que contara con un certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, y la empresa INTEC LTDA. presentó a la licitación entre sus antecedentes el certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, como si correspondiera a ella misma, en circunstancias que dicho certificado pertenecía a una empresa distinta, denominada “Constructora Asesoría y Construcciones Ltda.”. Rut 76.638.250-9, representada por don Diego Romero Kahler.

Adicionalmente, la Comisión de Evaluación de la Licitación Pública ya indicada estaba conformada por los sres. Osvaldo Villarroel Carrasco (Secretario Municipal); Oriana Bonvallet Knabe (Directora de obras Municipales) y por el imputado N.B.D., en su calidad de Secretario Comunal de Planificación de la Municipalidad de Pitrufquén, quien además elaboró las bases de licitación. Dicha comisión otorgó mayor puntaje que a su competidora a la empresa INTEC LTDA..

Es del caso que la espuria adjudicación ya relatada se produjo a raíz que el imputado N.B.D., en el ejercicio de sus funciones de Secretario de Planificación Comunal, habiendo participado en la

elaboración de las bases administrativas del referido contrato y estando en conocimiento del procedimiento administrativo respectivo, entre agosto y noviembre de 2008 informó a un tercero de nombre M.S.E. sobre la licitación ya indicada, tomando interés en la misma pues le solicitó a dicho empresario la posibilidad de licitar en forma aparente a través de su empresa, con el objeto que en la práctica fuera el imputado B.D. quien en la realidad se adjudicara, ejecutara y quien en definitiva recibiera el pago por el contrato.

De esta forma el coimputado S.E. contando con dicha información privilegiada y a solicitud de B.D. presentó los antecedentes respectivos a la licitación, adjudicándose la misma.

Adicionalmente, advirtiendo el imputado B.D. durante el proceso administrativo que la empresa INTEC. LTDA. no contaba con el certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de sus funciones de SECPLAN y miembro de la Comisión evaluadora infringió su deber de custodia de la documentación pública a su cargo, y extrajo desde la respectiva repartición municipal el Certificado de inscripción vigente en el Registro de obras menores del Ministerio de Obras públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora “Asesoría y Construcciones Ltda.”, Rut 76.638.250-9, adulterándolo, pues incorporó en el mismo el nombre de la empresa INTEC LTDA., destruyendo o haciendo desaparecer el certificado original, incorporándolo de esta forma a los antecedentes que INTEC LTDA.

presentó a la licitación una copia del mismo.

A raíz de lo anterior y habiéndose descubierto estos hechos, el contrato se ejecutó en definitiva por una empresa que cumplía con todos los requisitos de las bases”.

Los hechos anteriormente descritos, a juicio del Ministerio Público, configuran tres delitos, todos en concurso material, y son: los delitos consumados de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6, de negociación incompatible del artículo 240 inciso primero y de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2, todos del Código Penal, en los que le ha correspondido al acusado N.H.B.D. participación en calidad de autor de los mismos, según lo establece el artículo 15 N°1 del Código Penal.

A juicio del Ministerio Público, respecto del acusado concurren como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y para el evento de aceptar que la presente causa se tramite conforme a las reglas del procedimiento abreviado, la del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, además de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N°6 de irreprochable conducta anterior y no concurre a su respecto ninguna circunstancia agravante de responsabilidad penal.

De acuerdo a lo establecido en las normas ya citadas, el Ministerio Público solicita se condene al acusado N.H.B.D. a las siguientes penas:

1. Respecto al delito de negociación incompatible del artículo 240 inciso primero del Código Penal, solicita la aplicación de la pena de 301 días de reclusión menor en su grado mínimo, 3 años y 1 día de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos, multa del 10% del interés tomado en el negocio que corresponde a la suma de \$700.000.

2. Respecto del delito de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6 del Código Penal, solicita la aplicación de la pena de 800 días de presidio menor en su grado medio y demás accesorias.

3. Respecto al delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2 del Código Penal, solicita la aplicación de la pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 11 UTM.

4. Para todos los delitos antedichos, solicita también las penas accesorias que legalmente procedan, y no solicitó condena en costas para el acusado.

TERCERO: Que habiendo solicitado el Sr. Fiscal que se proceda en esta causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado de acuerdo a los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal y habiéndose debatido al respecto, el Tribunal accedió a dicha solicitud por reunirse en la especie los requisitos para ello, y por habersele consultado al imputado si presta su conformidad de someter la presente causa al procedimiento abreviado en forma libre y

voluntaria, renunciando con ello a su derecho a exigir la realización de un juicio oral, público y contradictorio, voluntad y decisión que expresó en la audiencia de fecha 1 de febrero de 2010 y señaló no haber sido objeto de presiones indebidas para manifestar tal decisión, además de estar en conocimiento de los hechos manifestados por el ente persecutor y de los antecedentes que obran en la carpeta de investigación que fundan la acusación verbal formulada.

CUARTO: Que los antecedentes de investigación señalados por la Fiscalía, que fundamentan la imputación expresada en la acusación, tanto en lo referente a la existencia de los ilícitos como respecto de la participación en los mismos de parte del acusado, consisten en:

PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL:

1. Informe pericial documental emanado de la perito Vivianne Dasse Planella, del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile.
2. Bases administrativas que rigieron el contrato en que se cometió la defraudación, y que corresponden a las bases administrativas generales y especiales.
3. Informe N°24 de 24 de octubre de 2008 de la comisión evaluadora de la licitación, firmado por su miembros que son: el acusado en su calidad de Secretario de Planificación, don Osvaldo Villarroel Carrasco y doña Oriana Bonvallet Knabe, donde se da

mayor puntaje a la empresa INTEC Ltda..

4. Decreto Alcaldicio N°1257 de 23 de octubre de 2008 que adjudica el contrato a INTEC Ltda. sobre la base de lo informado por la comisión evaluadora integrada por B..

5. Contrato de ejecución de obra, de 7 de noviembre de 2008, firmado por Humberto Catalán Candia en su calidad de Alcalde de Pitrufoquén, y M.S.E. como representante legal de INTEC Ltda..

6. Sobre que contienen las ofertas presentadas por ECOCIL Ltda.. e INTEC Ltda. en el proceso de licitación.

7. Certificado de Inscripción en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, adulterado, N°114, que se incorporó por B. a la licitación de que se trata.

8. Decreto de nombramiento del acusado como Secretario Comunal de Planificación.

9. Oficio emanado del Alcalde del Municipio de Pitrufoquén, N°547 de 3 de junio de 2009, que da cuenta que el encargado de la custodia de los documentos de las licitaciones corresponde al Secretario Comunal de Planificación.

PRUEBA TESTIMONIAL:

1. Dunia Matus Saavedra, Secretaria de la Secretaría Comunal de Planificación de la Municipalidad de Pitrufoquén.

2. Jorge Jaramillo Hott, quien en su calidad de Alcalde subrogante de Pitrufrquén, adjudicó el contrato a INTEC Ltda.

3. Osvaldo Villarroel Carrasco, Secretario Municipal de la Municipalidad de Pitrufrquén, miembro de la Comisión Evaluadora.

4. Oriana Bonvallet Knabe, Directora de Obras de la Municipalidad de Pitrufrquén, y que integró la Comisión Evaluadora.

5. Evelyn Gallegos Neira, administrativa de la Municipalidad de Pitrufrquén.

6. Humberto Catalán Candia, Alcalde titular de la Municipalidad de Pitrufrquén.

7. Declaración de M.S.E., empresario.

QUINTO: Que de acuerdo a los antecedentes de investigación expuestos y el mérito de los mismos, en base a la aceptación de éstos realizada por el acusado, y en conformidad a lo prevenido por el artículo 297 del Código Procesal Penal, se tendrán por acreditados los siguientes hechos y circunstancias: “Durante mediados del año 2008 la Municipalidad de Pitrufrquén efectuó una licitación pública con el objeto de adjudicar el contrato denominado “Instalación calefacción Postas Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufrquén”. A dicho proceso se presentaron como postulantes las empresas **CONSTRUCTORA Innovación y Tecnología Ltda.** Rut 76.016.976-9, (**INTEC LTDA.**) y la empresa **Ingeniería y Construcciones**

ECOCIL LTDA., Rut 76.841.300-2 y, aproximadamente en el mes de octubre de 2008, el contrato se adjudicó en definitiva a la empresa **INTEC Ltda.**, cuyo representante legal era don **M.J.S.E.**, mediante el decreto alcaldicio respectivo.

Sin embargo, la empresa adjudicataria no cumplía con todos los requisitos exigidos por la licitación para ganarse el contrato, pues se exigía en éste que contara con un Certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, y la empresa **INTEC LTDA.** presentó a la licitación entre sus antecedentes el Certificado de inscripción vigente en el Registro de obras menores del Ministerio de Obras públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, como si correspondiera a ella misma, en circunstancias que dicho Certificado pertenecía a una empresa distinta, denominada “**Constructora Asesoría y Construcciones Ltda.**” Rut 76.638.250-9, representada por don **Diego Romero Kahler.**

Adicionalmente, la Comisión de Evaluación de la Licitación Pública ya indicada estaba conformada por los sres. **Osvaldo Villarroel Carrasco** (Secretario Municipal); **Oriana Bonvallet Knabe** (Directora de Obras Municipales) y por el imputado **N.B.D.**, en su calidad de Secretario Comunal de Planificación de la Municipalidad de Pitrufrquén, quien además elaboró las bases de licitación. Dicha comisión otorgó mayor puntaje que a su competidora a la empresa **INTEC LTDA.**

Es del caso que la espuria adjudicación ya relatada se produjo a raíz que el imputado **N.B.D.**, en el ejercicio de sus

funciones de Secretario de Planificación Comunal, habiendo participado en la elaboración de las Bases administrativas del referido contrato y estando en conocimiento del procedimiento administrativo respectivo, entre agosto y noviembre de 2008 informó a un tercero de nombre M.S.E. sobre la licitación ya indicada, tomando interés en la misma pues le solicitó a dicho empresario la posibilidad de licitar en forma aparente a través de su empresa, con el objeto que en la práctica fuera el imputado B.D. quien en la realidad se adjudicara, ejecutara y quien en definitiva recibiera el pago por el contrato.

De esta forma el coimputado S.E. contando con dicha información privilegiada y a solicitud de B.D. presentó los antecedentes respectivos a la licitación, adjudicándose la misma.

Adicionalmente, advirtiendo el imputado B.D. durante el proceso administrativo que la empresa INTEC LTDA. no contaba con el Certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de sus funciones de SECPLAN y miembro de la Comisión evaluadora infringió su deber de custodia de la documentación pública a su cargo, y extrajo desde la respectiva repartición municipal el certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora "Asesoría y Construcciones Ltda.", Rut 76.638.250-9, adulterándolo, pues incorporó en el mismo el nombre de la empresa INTEC LTDA., destruyendo o haciendo desaparecer el certificado original, incorporándolo de esta forma

a los antecedentes que INTEC LTDA. presentó a la licitación una copia del mismo.

A raíz de lo anterior y habiéndose descubierto estos hechos, el contrato se ejecutó en definitiva por una empresa que cumplía con todos los requisitos de las bases".

SEXTO: Que los hechos así descritos deben calificarse como constitutivos de los delitos de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6 del Código Penal, de negociación incompatible del artículo 240 inciso primero del mismo cuerpo legal y del delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2 también del código punitivo, en los que le ha correspondido al acusado N.H.B.D., participación en calidad de autor de los mismos, y todos ellos en grado consumado.

SÉPTIMO: Que, en la audiencia la defensa dijo que no tiene antecedentes para discutir la calificación jurídica que efectúa el Ministerio Público, ni la participación que se le atribuye a su representado, y agrega que por haber aceptado los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación solicita que se le reconozca la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N°9 del Código Penal, ya que su colaboración va más allá de una cuestión formal a la luz de lo establecido en el artículo 407 del Código Procesal Penal, toda vez que el acusado durante la etapa de investigación colaboró con la Policía de Investigaciones de Chile pues declaró y detalló su accionar, aclarando cómo habían ocurrido los

hechos por los cuales se le acusa. Así las cosas, y habiendo aceptado el acusado la tramitación de esta causa conforme las reglas del procedimiento abreviado, y existiendo dos circunstancias atenuantes modificatorias de responsabilidad penal como lo ha señalado el Fiscal, esto es, la irreprochable conducta anterior de su defendido que emana de la carencia de anotaciones en su extracto de filiación y, además, la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, hará las siguientes solicitudes entendiendo que estamos en presencia de un concurso material de delitos por aplicación del artículo 74 del Código Penal y son penas que no pueden cumplirse de manera simultánea, sino que deberán cumplirse de forma sucesiva. Así, por entender además que el acusado reúne los requisitos de la Ley N°18.216 concluye solicitando:

a) Respecto del delito de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6 del Código Penal, en que el Fiscal ha rebajado en un grado su solicitud de pena y ha solicitado 800 días de presidio menor en su grado medio, estima la defensa que por la concurrencia de las dos atenuantes puede imponerse la pena en su mínimo, solicitando se le aplique una sanción que no exceda de los 541 días de presidio en su grado medio y se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena, toda vez que cumple con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216. Respecto a las accesorias legales, se somete a la decisión del Tribunal.

b) Respecto al delito de negociación incompatible del artículo 240 del Código Penal en que el Fiscal ha rebajado en un grado su solicitud de pena pidiendo 301 días de presidio menor en su grado mínimo, la defensa estima que por la concurrencia de las dos atenuantes puede imponerse la pena en su mínimo, por lo que pide una sanción que no exceda de los 61 días de presidio menor en su grado mínimo, se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena por cumplir el acusado con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216 y que la multa de \$700.000 que pidió el fiscal, por aplicación del artículo 70 del Código Penal, pueda ser pagada en al menos 10 cuotas mensuales, siendo el fundamento de esta petición, la existencia de las atenuantes aludidas y el haber aceptado el procedimiento abreviado.

c) Respecto del delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 del Código Penal, en que el Fiscal solicitó una pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo, la defensa estima que por la concurrencia de las dos atenuantes puede imponerse la pena en su mínimo que no exceda de los 61 días de presidio menor en su grado mínimo con el beneficio de la remisión condicional de la pena, toda vez que cumple con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216. En cuanto a la pena de multa de 11 U.T.M. que pidió el fiscal, ésta ha sido solicitada en el mínimo y por aplicación del artículo 70 del Código Penal se le concedan al menos 11 cuotas mensuales para el pago de

la misma, siendo el fundamento de esta petición de parcialidades para el pago la existencia de las atenuantes aludidas y haber aceptado el procedimiento abreviado.

d) Finaliza señalando el defensor que, aún cuando el Ministerio Público no ha solicitado la condena en costas para su representado, solicita se le exima del pago de las mismas por haber aceptado que se tramitara la presente causa conforme las reglas del procedimiento abreviado, ahorrando con ello costos al Estado por la realización de un juicio oral, considerándose también para esta decisión que el requerido se encontraba representado por la Defensoría Penal Pública en este procedimiento y, además, consigna que no hay solicitud de abono que hacer por haber estado su representado sujeto a las cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal en sus letras c) y d).

OCTAVO: Que, de los hechos relatados en la acusación y del tenor literal de las normas que consagran los tres delitos que ha pedido el ente persecutor se tengan por acreditados respecto de B.D., se infiere que lo primero que debe determinarse es la calidad de funcionario público del acusado a la fecha de comisión de los ilícitos por los que se le ha acusado, por ser este un elemento común a los tres delitos de marras.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 260 del Código Penal que se haya contenido en el Título V del Libro II del Código Penal -que es el título donde también se consagran los delitos de negociación incompa-

tible y de infidelidad en la custodia de documentos- establece que “*Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*”, debiendo agregarse que es pacífico en la doctrina la aplicación de esta norma a todos los delitos que no se encuentren contenidos en los títulos y párrafos señalados, cuando la calidad de funcionario público del sujeto activo sea relevante para tener por configurados los elementos del tipo penal en cuestión. De lo anterior, se deduce que el empleado o funcionario municipal es empleado público para los efectos de los delitos por los que se acusó al encartado. En este orden de consideraciones, cabe precisar si B.D. revestía o no la calidad de empleado público a la fecha de comisión de los hechos investigados.

Para acreditar que el acusado era funcionario público al momento de los hechos, este Tribunal consideró especialmente el Decreto de nombramiento Alcaldicio N°24, de 4 de enero de 2006, donde el Alcalde de la Ilustrísima Municipalidad de Pitrufquén nombra a don Nelson Hugo B.D., cedula de identidad N°XXXXXXXX-X, en el cargo de Secretario Comunal de Planificación, Directivo, grado 9 E.M.S.,

planta directivos, a contar del día 1 de enero de 2006, fecha en la que tuvo que asumir esa función por necesidades de buen servicio, decreto que fuera debidamente registrado por la Contraloría Regional de La Araucanía, según da fe el propio documento; además, y establecida la fecha de asunción en el cargo de Secretario Comunal de Planificación por parte de B.D., el hecho que a la fecha de comisión de estos hechos se mantenía en la antedicha calidad de funcionario público se acredita con el Decreto Alcaldicio N°1257 de 23 de octubre de 2008 de la misma Municipalidad, que da cuenta que el Alcalde, sobre la base del informe N°24 de la Comisión Evaluadora integrada por B. como Secretario Comunal de Planificación, adjudica la licitación a “Innovación y Tecnología Ltda”, R.U.T. N°76.016.976-9 (INTEC Ltda.) y este Informe N°24 señala, precisamente que B.D., en su calidad de Secretario Comunal de Planificación integraba la señalada comisión y que ésta concluyó que sólo la empresa Innovación y Tecnología Ltda. (Intec Ltda.) cumplía con la totalidad de los antecedentes solicitados y no así el otro oferente que corresponde a la sociedad Ingeniería y Construcciones ECOCIL Ltda., luego que la comisión procediera a la apertura de los respectivos sobres de los oferentes en el procedimiento de licitación, de donde se establece que, a la fecha de comisión de estos hechos B.D. sí tenía la calidad de empleado público por ser Secretario Comunal de Planificación, tanto al momento de la falsificación del instrumento público alegado por la Fiscalía, como

al tiempo de producirse la infidelidad en la custodia de los documentos y, también, a la época de verificarse la negociación incompatible alegada, ya que todos estos sucesos se verificaron con anterioridad al hecho de haberse efectuado la adjudicación de la licitación a la empresa INTEC Ltda. según se desprende de las fechas de los documentos a los que se ha hecho referencia y, por cierto, con posterioridad al hecho de haberse llamado a la licitación dentro de la cual se configuraron estos hechos, y cuya fecha se acredita con el decreto alcaldicio N°674 de 5 de junio de 2008, de la Ilustre Municipalidad de Pitrufrquén, mediante el cual se aprobaron las bases administrativas generales y especiales que acompañó el ente persecutor dentro de sus antecedentes de investigación, y que forman parte integrante del mismo.

NOVENO: Que, establecido el hecho que B.D. era funcionario municipal a la fecha de comisión de los hechos por los que se le ha acusado, debe determinarse ahora la dinámica completa de los mismos y cómo éstos configuran los tipos penales que aduce el ente persecutor concurren en la especie. Para tal efecto, resultan decidoras las declaraciones de los testigos a que ha hecho referencia el Ministerio Público dentro de los antecedentes fundantes de su acusación, los que al efecto señalaron:

1. Don Jorge Jaramillo Hott, quien en su calidad de Alcalde subrogante de Pitrufrquén, adjudicó el contrato a INTEC Ltda. señaló ante el Fiscal acusador, el día 30 de abril de 2009:

“trabajo en la Municipalidad de Pitrufquén desde el 01 de Enero de 2006 desempeñándome como Administrador Municipal. En relación al caso de Falsificación de documento efectuada por N.B., yo tomé conocimiento de un proyecto de licitación para calefacción de postas rurales de la comuna, en la cual no tuve intervención hasta la adjudicación, toda vez que en ese momento me desempeñaba en ausencia del Alcalde como subrogante de él. Como en todo proceso de licitación, me llegaron los resultados de la comisión evaluadora con los puntajes de los oferentes y como es normal y ocurrió también en este caso como Alcalde subrogante, adjudiqué el proyecto a la empresa con mayor puntaje y que correspondía a Intec Ltda.. Hasta ese momento todo era legal y con los procedimientos municipales normales. Yo además de ser Administrador Municipal, soy gestor institucional del portal Chilecompras de la Municipalidad, o sea, que a mí me llegan todos los reclamos o sugerencias de los oferentes que participan de las licitaciones públicas de la Municipalidad, donde por ley estamos obligados a responder a lo más en 48 horas dichos reclamos; así, en forma posterior a la adjudicación del proyecto de calefacción de postas rurales se recibe un reclamo en este portal de don Juan Maldonado Vega, indicando que se recibieron o fueron adjudicadas ofertas que no cumplen con las condiciones establecidas en las bases y producto de esto personalmente me preocupé y por lo tanto como Alcalde subrogante convoqué a una reunión extraordinaria al comité directivo Municipal para revisar dicha situación y dar respuesta al reclamo. Así nos percatamos que quien aparecía como representante legal de la empresa era un

señor M. y lo extraño es que en los antecedentes del portal aparece como oferente una persona natural, que era el señor M., y no la empresa Intec Ltda., donde este señor era su representante legal, por lo que detectamos que efectivamente había un problema que se debía investigar, también nos llamó la atención que había un documento en la oferta de la empresa Intec específicamente un certificado de registro del MOP, que decía la validez de la empresa Intec Ltda. Dada esta situación para salir de la duda si esta empresa existía, tomé la decisión de contactarme con el Ministerio de Obras Públicas vía telefónica y vía correo electrónico al jefe de gabinete del ministerio, señor Marcelo Aedo para que nos responda a la brevedad esta inquietud, respondiéndome en forma telefónica que en primera instancia esa Empresa no existiría y que habría sido derivado el caso al Fiscal del MOP para que se investigara. Dado estas primeras circunstancias paralizamos el proceso de licitación y días después me llega un correo electrónico del Jefe de Gabinete donde la jefe de unidad técnica del MOP manifiesta al Seremi de Obras Públicas que dadas las consultas que yo efectué el número de registro del documento pertenecía a otra empresa y que por lo tanto todo estaba viciado y que el MOP iniciaría un proceso investigativo. A su vez en la Municipalidad además en forma paralela se inició un sumario administrativo”.

2. Don Osvaldo Villarroel Carrasco, Secretario Municipal de la Municipalidad de Pitrufquén señaló ante el Fiscal acusador el día 30 de abril de 2009: *“trabajo en la Municipalidad de Pitrufquén desde el año 1988, desem-*

peñándome actualmente como Secretario Municipal desde 01 de Enero de 2008, en relación al hecho investigado puedo señalar lo siguiente, que por el cargo que desempeño soy siempre parte de la comisión de apertura y evaluación de propuestas de la Municipalidad, esto como ministro de fe, en esta calidad me correspondió actuar en la apertura y evaluación de los oferentes de la licitación de calefacción de diversas postas rurales de la comuna de Pitrufrquén. Durante la apertura no hubo problemas según los antecedentes tenidos a la vista, donde existían dos oferentes que cumplían todos los requisitos exigidos en las bases de licitación, y se les dio los puntajes a cada uno, lo que se consigna en un informe de propuesta que se envía al Alcalde para su decisión. Luego de ello el Alcalde adjudica la propuesta al oferente que el estime pertinente, generalmente el que va con mayor puntaje, como en este caso y se adjudicó la obra a la empresa Innovación y Tecnología Ltda.. Una vez que la Municipalidad adjudica se debe publicar en el Portal al oferente adjudicado, en ese momento se presentó un reclamo vía portal del oferente no adjudicado, indicando por lo que recuerdo, que la empresa adjudicada no cumplía con los requisitos de la base de licitación. A veriguando, uno de ellos aparentemente era que el RUT de dicha Empresa no existía, ante esto el Alcalde Subrogante don Jorge Jaramillo citó a una reunión extraordinaria para ver este tema, donde se revisó la carpeta y el Alcalde llamó al MOP para ver si existía esta empresa y luego mando un correo, el que fue respondido señalando que dicha empresa no existía, entendiéndose en ese momento que el certificado de inscripción en los registros

del MOP estaba adulterado, esto a pesar que aparecía como auténtico. Luego de esto se ofició al MOP para que tomara cartas en el asunto y producto de ello se hizo presente en el Municipio don Cristian Toloza Fiscal del MOP a objeto de investigar estos hechos, revisó carpetas y luego efectuó la correspondiente denuncia al Ministerio Público”.

3. Doña Oriana Bonvallet Knabe, Directora de Obras de la Municipalidad de Pitrufrquén señaló ante el Fiscal acusador el día 30 de abril de 2009: “trabajo en la Municipalidad de Pitrufrquén desde el año 1998, desempeñándome como Jefe del Departamento de Obras de la Municipalidad. En relación al hecho de la investigación, quiero señalar que los proyectos de la Municipalidad se generan en la Secplan de la Municipalidad y cuando se produce la evaluación y apertura de los proyectos y por el cargo y según materia, me corresponde participar en la comisión evaluadora de la propuesta. Así, me correspondió participar en la apertura y evaluación del Proyecto de calefacción de postas rurales de la comuna. Así esta comisión revisó que los antecedentes solicitados en las bases estuvieran en los sobres que entregaron los oferentes y firmamos el acta de apertura y luego los antecedentes se los entregamos al Secplan don N.B., quien ejecuta la evaluación, hace el informe que firma luego toda la comisión y se lo envía al Alcalde para que se pronuncie sobre la adjudicación. Además como es norma del Municipio se adjudica a quien cumple con las bases y tiene un precio más barato. Luego el Alcalde Subrogante adjudica el proyecto a la empresa Innovación y Tecnología Ltda. y se publica en el portal y luego se

hace el contrato. Al hacer la publicación en el portal la otra empresa oferente hace un reclamo indicando algo como que la empresa adjudicataria era distinta a quien había postulado, recuerdo que el Alcalde subrogante nos cita a reunión, estudiamos nuevamente los antecedentes, encontrando que había por un lado un señor S. con un Rut y por otro una Empresa Innovación y Tecnología Ltda. con otro Rut, por lo que claramente había un problema. Ante esto el Administrador se comunicó con el MOP a objeto de averiguar la validez del certificado. Recuerdo que luego el administrador nos contó que esa empresa Intec no existía, según le habían informado del MOP, por lo que el documento de validez de la empresa era falso. Posterior a esto salgo de vacaciones por lo que me desvinculo del tema y a mi regreso tomo conocimiento que un abogado del MOP se acercó a Secplac a investigar el tema, descubriendo que esa empresa Intec Ltda. había postulado a otro proyecto anterior y el original del certificado del MOP no estaba en esa carpeta y solicita se le envié una carpeta con todos los antecedentes de apertura del proyecto de calefacción de las postas”.

4. Doña Dunia Matus Saavedra, Secretaria de la Secretaría de Planificación Municipal de Pitrufoquén señaló ante el Fiscal acusador el día 29 de abril de 2009: “trabajo en la Municipalidad de Pitrufoquén desde hace 9 años, desempeñándome como secretaria del Departamento de Planificación Comunal y siendo actualmente mi jefe directo don N.B.D.. Respecto de la Falsificación del documento puedo partir señalando que se efectuó una licitación pública a través del portal Chile Com-

pra, a objeto de la instalación de calefacción en postas rurales de la comuna de Pitrufoquén. En el portal se indicaba que los interesados debían presentar sus antecedentes en sobre cerrado en la Municipalidad de Pitrufoquén y así llegaron dos sobres que fueron recibidos en la oficina de partes y derivados al departamento de Planificación donde yo los recibí, y se mantuvieron cerrados hasta que se reunió la comisión para la apertura de la propuesta; esta comisión estaba conformada por el Secretario municipal, Directora de Obras y Director del Secplan. Al reunirse esta comisión yo elaboré un formulario en que se indicaban los antecedentes solicitados a objeto que fueran chequeados por la comisión. Yo posteriormente tomé conocimiento que una empresa de M.S.E. se había adjudicado la propuesta, por lo que don N.B. redactó la avaluación mediante informe al Alcalde, quien en definitiva adjudicó el proyecto a la empresa de M.S.. Posterior a ello el informe vuelve y se debe redactar el Decreto Alcaldicio que adjudica la licitación el que es redactado por don N.B. y que es publicado en el Portal Chile Compra, posterior a ello se firma contrato que en este caso fue firmado por M.S., debiendo comenzar a ejecutar el proyecto dentro del plazo que le indica el contrato, por lo que yo supe no comenzó dentro de este tiempo. Un tiempo después -que no puedo precisar en este momento- llegó a la Municipalidad un Abogado del MOP solicitando información de la licitación del Proyecto de Calefacción de las postas rurales y fue derivado a mi a objeto que pudiera revisar la carpeta con la documentación, indicándome esta persona que había un documento adulterado, específicamente un certificado del MOP, el que tenía un

número y que en el MOP está registrado para qué empresa lo entrega y para qué proyecto, dándose cuenta que fue emitido para una licitación efectuada en la Municipalidad de Pitrufquén, pero en un proyecto anterior. Al revisar esta carpeta de este proyecto anterior, nos dimos cuenta con este Abogado que el certificado original no estaba”.

5. Doña Evelyn Gallegos Neira, administrativa de la Municipalidad de Pitrufquén señaló ante el Fiscal acusador el día 4 de mayo de 2009: *“me desempeño en la Municipalidad de Pitrufquén desde el año 2000 a la fecha y a partir de Junio de 2008 me desempeño en la secretaría Municipal, que en esta función me correspondió recibir los sobres de postulación del proyecto de calefacción de postas rurales, donde mi única participación fue recibir estos sobres y verificar que la información externas en ellos se cumpliera”.*

6. Don Humberto Catalán Candia, Alcalde titular de la Municipalidad de Pitrufquén señaló ante el Fiscal acusador el día 4 de mayo de 2009: *“Soy Alcalde de Pitrufquén desde el año 2004. En circunstancias que estaba en campaña electoral para mi reelección durante los meses de septiembre a octubre de 2008, se efectuó en la municipalidad una licitación para contratar la provisión de calefacción de las postas rurales de la comuna. Cuando fui reelecto reasumí mis funciones aproximadamente en el 29 de octubre de 2008 y recibí la información de parte del Alcalde subrogante don Jorge Jaramillo Hott, según la cual en el contrato de adjudicación de la calefacción para las Postas rurales de la comuna se habían presentado 2 oferentes, sin embargo el perdedor había*

realizado un reclamo en contra de la adjudicación del ganador, pues indicaba una irregularidad o error en cuanto que el representante legal de la ganadora no se correspondía con el Rut de su empresa representada. Frente a esta situación pedí informe verbal a los miembros de la Comisión evaluadora de dicho contrato, entre los cuales estaba el sr. N.B., a la sazón Jefe de SECPLAC. Me hicieron una revisión de todo el procedimiento y efectivamente ocurrió que existía una irregularidad en cuanto a la identidad de la empresa que había ganado el contrato, en cuanto al parecer no estaba inscrita en el Registro de vigencia de contratistas públicos del Ministerio de obras públicas, incorporándose al parecer un documento adulterado para efectos de cumplir con la entrega de dicho documento. Ante esto ordené la instrucción de un Sumario administrativo, el cual ha estado a cargo del Secretario Municipal don Osvaldo Villarroel Carrasco. De la misma forma puedo indicar que luego de haber recibido un informe me contacté con personal del Ministerio de Obras Públicas con el objeto de consultar acerca de las irregularidades, en particular sobre el Certificado de Registro de vigencia de la empresa adjudicada, aclarando aún más la situación en el sentido que la empresa cuestionada no contaba con inscripción vigente. Aproximadamente a principios del mes de abril de 2009 pasaba por el centro de Temuco, y me abordó el sr. Cristian Toloza, Fiscal del MOP, quien me indicó que había concurrido a su oficina el sr. N.B., quien le había reconocido su participación en la falsificación de un documento público que fue incorporado a la licitación del contrato antes referido, ante lo cual me indicó que ese antecedente era pertinente

para que el fiscal del sumario administrativo lo tuviera presente, por lo cual se ofrecía a declarar en dicho sumario. Frente a esa situación yo le comuniqué lo anterior al fiscal del sumario, y además se reunió conmigo el sr. N.B., quien ante mí reconoció haber falsificado el Certificado de registro de la empresa que se adjudicó el contrato, haber estado en conocimiento de ello y haber integrado la comisión evaluadora de las ofertas, y haber dado su voto para adjudicar el contrato a dicha empresa, viciando de esa forma el procedimiento completo. Debo agregar que la semana pasada el sr. B. me presentó su renuncia al cargo, seguramente por estar ya convencido de que dada la naturaleza de su vinculación contractual con el municipio, yo lo iba a desvincular de sus funciones. Yo le acepté su renuncia”.

7. Don M.J.S.E., empresario, quien señaló al fiscal acusador con fecha 1 de febrero de 2010: *“desde el año 2007 en adelante conozco a don N.B.D. con motivo de las funciones propias que yo desempeñaba en el Gobierno Regional de la Araucanía, ya que por la calidad de mi cargo me tocaba entenderme con la mayoría de los Secretarios de Planificación Comunal de las distintas Municipalidades de la Región. Es así como conocí al señalado B.D., en calidad de funcionario Municipal de la comuna de Pitrufquén, teniendo con él una relación propia de las funciones que ambos desempeñábamos. Posterior a mi salida del Gobierno Regional en el mes de Abril de 2008, empecé a desarrollar actividades laborales propias de la construcción, minuto en el cual la totalidad del mercado trabajado por mi empresa se avocaba a temas de viviendas sociales,*

actividad en la cual mi único empleador era el Serviu. A raíz de una mala gestión financiera sufrida por el Serviu IX Región consistente en la retención de pagos durante tres meses durante el periodo de Junio a Julio de 2008, tomé la decisión de comunicarme con algunos funcionarios municipales para evaluar la existencia de licitaciones públicas al interior de las Municipalidades a las cuales podría participar. A raíz de esto último uno de los contactados fue N.B. de la Municipalidad de Pitrufquén, en el mes de Junio de 2008, a quién le manifesté me indicara algunas licitaciones en cartera que pudiesen ser de mi interés, acto en el cual N.B. me señala que por ahora no hay nada y me dice que uno de estos días pase a conversar con él. Como tenía una obra en ejecución en esa época en la comuna de Loncoche, en dos oportunidades pase a conversar con él, oportunidades en las cuales me manifestó su interés de postular a una licitación en el municipio de Pitrufquén, consistente en instalación de calefacción, donde me señala que ya había ejecutado muchos trabajos similares, pero que él no tenía una empresa formalizada o inscrita en los registros para poder postular, y si era posible hacerlo por intermedio de mi empresa Intec Limitada, y como se trataba de un proyecto que ni por monto ni por área de ejecución me interesara le dije que podía ser que me llamara, que lo pensaría. Luego me llamó, no recuerdo fecha, para indicarme si derechamente podía postular a través de mi empresa en el proyecto señalado de instalación de calefacción por un monto de aproximadamente \$6.000.000, a lo cual accedí y posteriormente por vía telefónica le dicté los antecedentes que me requirió para postular. En una visita al muni-

cipio derivada de un viaje a Loncoche entregué personalmente algunos antecedentes requeridos por él, dentro de los cuales estaba mi inscripción vigente en el registro del MINVU, posterior a esto me solicitó que cuando tuviese tiempo pasara al municipio a firmar unos antecedentes para él poder levantar la licitación al portal de Chilecompras, situación que ocurrió y con mi clave ingresó desde su computador la licitación. Le firmé a B. antecedentes al pie de página que eran requisitos básicos de postulación, sin siquiera leerlos, porque asumía que estaba haciendo una postulación con todos los requisitos exigidos y que yo le había entregado. Al cabo de un par de semanas me llama y me cuenta que se había adjudicado la licitación sin ningún problema y que si podía pasar a firmar el contrato, cuestión que ocurrió y en mis visitas a la obra de Loncoche pase a firmarlo en su oficina. Todo lo narrado ocurrió en su oficina. Transcurrido un periodo considerable, cercano al mes de Noviembre de 2008 se me informa que estaban averiguando desde el Municipio por nuestra inscripción en el MOP, contestando como empresa que tal registro no existía, luego de lo cual llamé a N.B., le pregunté de que se trata esto, el me confiesa la ilicitud ejecutada por él consistente en la adulteración del instrumento publico donde constaba la inscripción en el MOP de mi empresa, confesándome que lo hizo con una inscripción de una Empresa postulante a otra licitación colocando allí el nombre de mi Empresa. Reaccioné muy molesto ante dicha situación, señalándole textualmente “que arreglara el cagazo que se había mandado en el acto”, ya que se trataba de una situación muy delicada y que me podía perjudicar gravemente,

señalándome que no me preocupara que él lo arreglaría. Posteriormente me llama y me cuenta que se había invalidado la licitación y que no me preocupara, yo me quedé tranquilo hasta fines de Febrero donde recibí un llamado de la Policía de Investigaciones para que declarara en calidad de Imputado, a lo cual accedí de inmediato y manifesté lo que consta en mi declaración, acto en cual señalé a la funcionaria de investigaciones Marcia Cofré quien era el autor y responsable directo de tal ilícito, ayudándola a ponerse en contacto con él”.

DÉCIMO: Que, en base a la testifical relatada y a la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación por parte del acusado, puede darse por acreditado que el acusado en su calidad Secretario de Planificación Comunal y empleado público de la Ilustre Municipalidad de Pitrufquén ejecutó los siguientes hechos: contactó al empresario M.J.S.E. a mediados del año 2008 para que la empresa Constructora Innovación y Tecnología Ltda.. Rut 76.016.976-9, (INTEC LTDA.) de propiedad de este participara en el proceso de licitación efectuado por ese organismo comunal, de “*Instalación calefacción Postas Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufquén*” puesto que el encartado no tenía conformada una empresa para poder postular al proceso de licitación; que tomó interés en el proceso de licitación, pues le solicitó a dicho empresario la posibilidad de licitar en forma aparente a través de su empresa, con el objeto que en la práctica fuera él mismo quien en la realidad se adjudicara, ejecutara y quien en definitiva reci-

biera el pago por el contrato; asimismo participó en la redacción de las bases administrativas generales y especiales de la licitación; que al proceso de licitación se presentaron dos oferentes -las empresas constructora Innovación y Tecnología Ltda. Rut 76.016.976-9, (INTEC LTDA.) y la empresa Ingeniería y Construcciones ECOCIL LTDA., Rut 76.841.300-2- quienes acompañaron sendos sobres con sus propuestas; que en su calidad de miembro de la comisión evaluadora del proyecto, ésta informó con fecha 24 de octubre de 2008 al Alcalde que la empresa Innovación y Tecnología Ltda. Rut 76.016.976-9, (INTEC LTDA.) cumplía con todos los antecedentes solicitados en las bases de licitación y no así el otro oferente, otorgándole mayor puntaje a INTEC Ltda. e incluso votando a favor de ésta; que, por lo anterior, en la misma fecha indicada se adjudicó a Innovación y Tecnología Ltda. (INTEC Ltda.) la licitación para la “instalación calefacción postas, Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufulquén”; que el acusado, advirtiendo durante el proceso administrativo que la empresa INTEC. LTDA. no contaba con el Certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de sus funciones de SECPLAN y miembro de la Comisión Evaluadora infringió su deber de custodia de la documentación pública a su cargo, y extrajo desde la respectiva repartición municipal el Certificado de inscripción vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas

N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora “Asesoría y Construcciones Ltda.”, Rut 76.638.250-9, adulterándolo, pues incorporó en el mismo el nombre de la empresa INTEC LTDA., destruyendo o haciendo desaparecer el certificado original, incorporándolo de esta forma a los antecedentes que INTEC Ltda. presentó a la licitación.

UNDÉCIMO: Que, el delito de infidelidad en la custodia de documentos por el que acusó el Ministerio Público a B.D., se encuentra previsto y sancionado en el numeral 2° del artículo 242 del Código Penal que señala “*el eclesiástico o empleado público que substraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será castigado: 2° Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando no concurrieren las circunstancias expresadas en el número anterior*”, refiriéndose esta última parte del numeral a la ausencia de resultar grave daño de la causa pública o de terceros.

En este orden de consideraciones, como ya se ha establecido la calidad de empleado público del acusado, ahora es preciso acreditar que éste tenía el deber de custodia del certificado de Inscripción Vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora “Asesoría y Construcciones Ltda.”, Rut 76.638.250-9, y tal deber se establece con el Oficio emanado del Alcalde del Municipio de Pitrufulquén, N°547

de 3 de junio de 2009, que da cuenta que el funcionario municipal encargado de la custodia de los documentos de las licitaciones corresponde al Secretario Comunal de Planificación, que era el cargo que desempeñaba el acusado a la fecha de acaecimiento de estos hechos, y que puede situarse en un día no determinado entre los meses de junio y noviembre del año 2008, complementando lo anterior lo declarado por doña Dunia Matus Saavedra quien señaló, en lo pertinente, que con motivo de estos hechos *“llegó a la Municipalidad un Abogado del MOP solicitando información de la licitación del Proyecto de Calefacción de las postas rurales y fue derivado a mí a objeto que pudiera revisar la carpeta con la documentación, indicándome esta persona que había un documento adulterado, específicamente un certificado del MOP, el que tenía un número y que en el MOP está registrado para qué empresa lo entrega y para qué proyecto, dándose cuenta que fue emitido para una licitación efectuada en la Municipalidad de Pitrufquén, pero en un proyecto anterior. Al revisar esta carpeta de este proyecto anterior, nos dimos cuenta con este Abogado que el certificado original no estaba”*.

Finalmente, y en lo respecta a la *“substracción o destrucción de documentos o papeles”* que señala la norma en cuestión, debe entenderse que la *“substracción”* es el sacar de la esfera de resguardo de la administración el papel o documento, y la *“destrucción”* del mismo es la supresión total del instrumento, ya sea material o jurídicamente considerada, por lo que ya no será utilizable por la administración,

quedando en consecuencia inservible -aún cuando físicamente exista- por presentar una alteración de tal entidad que el documento o papel no sirva ya como tal, para el objeto que estaba destinado, lo que en la especie sucedió con el Certificado de Inscripción Vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora “Asesoría y Construcciones Ltda.”, Rut 76.638.250-9, ya que junto con desaparecer materialmente el original cuya custodia era responsabilidad del imputado, fue presentada una copia adulterada del mismo al proceso de licitación por parte del acusado, configurándose de esta manera todos los elementos del tipo penal en comento, ya que no logró acreditarse que efectivamente se hubiere producido grave daño de la causa pública o de terceros, lo que habría configurado este delito pero en la circunstancia primera del artículo 242 del Código Penal.

DUODÉCIMO: Que, el delito de falsificación de instrumento público por el que acusó el Ministerio Público a B.D., se encuentra previsto y sancionado en el numeral 6° del artículo 193 del Código Penal que señala: *“Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: 6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido”*.

Como ya se dijera, se encuentra establecida la calidad de empleado público de B.D., haciéndose necesari-

rio determinar si el acusado hizo en un documento verdadero *“cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido”*.

Que el deber de custodia de documentos que tenía el acusado y que se señaló en el considerando precedente, recaía entre muchos otros, en el Certificado de Inscripción Vigente en el Registro de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas N°114, de 18 de agosto de 2008, perteneciente a la empresa Constructora “Asesoría y Construcciones Ltda.”, Rut 76.638.250-9, el que fuera otorgado por el Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas de la IX Región de La Araucanía y que es, a la luz de la disposición legal citada, el *“documento verdadero”*, ya que la doctrina entiende que estos documentos verdaderos pueden ser *“públicos o auténticos”* -puesto que así se nombran en el título del párrafo IV del Título IV del Libro II del Código Penal en el que se encuentra el artículo 193-, y lo serán cuando a la formación de los mismos concurre un funcionario público obrando en su carácter de tal y en el cumplimiento de sus funciones legales, siendo esta la idea expresada también en el artículo 1.699 del Código Civil, al señalar que es *“instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”*, por lo que el haber sido otorgado el original Certificado N°114 señalado por el Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas de la IX Región de La Araucanía, hace que este documento o instrumento tuviera el carácter de público y, además, verdadero por

haber sido conferido por el competente funcionario y con las solemnidades legales de rigor. Tal documento verdadero y original no existe dentro de los antecedentes de la investigación, pero el que efectivamente se presentó a la licitación cuestionada por parte de la empresa INTEC Ltda. lleva el mismo número que el documento original y fue periciado por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, según da cuenta el Informe Pericial Documental N°202 de 17 de agosto de 2009 emanado de la perito Vivianne Dasse Planella, el que concluye en lo referente al certificado de inscripción en el registro de obras menores, folio N°114, que el formato del documento es falso, lo que acredita que el original se destruyó o se sustrajo, y antes de eso se hizo una copia incorporando los datos falsos de INTEC Ltda. a ese documento, de donde se deduce que, efectivamente, se hicieron alteraciones o cambios en el documento verdadero que variaron su sentido según lo dispone el numeral 6° del artículo 193 del Código Penal, puesto que el mismo hacía referencia a una empresa que no era INTEC Ltda.

Que, reafirmando las conclusiones del informe pericial citado y para determinar la participación en este delito por parte del acusado B.D. en un día no determinado entre los meses de junio y noviembre de 2008, junto con la aceptación de los hechos y la aceptación de los antecedentes de la investigación por parte de éste, también se cuenta con los testimonios de los testigos de esta causa que señalaron a este respecto:

1. Jorge Jaramillo Hott dijo que en su calidad de Alcalde subrogante de Pitrufrquén, se enteró que en el proceso de licitación irregular que dio origen a estos hechos “[...]había un documento en la oferta de la empresa Intec específicamente un certificado de registro del MOP, que decía la validez de la empresa Intec Ltda. [...] paralizamos el proceso de licitación y días después me llega un correo electrónico del Jefe de Gabinete del MOP donde la jefe de unidad técnica del MOP manifiesta al Seremi de Obras Públicas que dadas las consultas que yo efectué el número de registro del documento pertenecía a otra empresa y que por lo tanto todo estaba viciado y que el MOP iniciaría un proceso investigativo”.

2. Osvaldo Villarroel Carrasco, Secretario Municipal de la Municipalidad de Pitrufrquén, quien en lo atinente dijo “[...]el Alcalde llamó al MOP para ver si existía esta empresa (se refiere a INTEC Ltda.) y luego mandó un correo, el que fue respondido (por el MOP) señalando que dicha empresa no existía, entendiendo en ese momento que el certificado de inscripción en los registros del MOP estaba adulterado, esto a pesar que aparecía como auténtico[...]”.

3. Oriana Bonvallet Knabe, Directora de Obras de la Municipalidad de Pitrufrquén, quien señaló a estos efectos “[...] Ante esto el Administrador se comunicó con el MOP a objeto de averiguar la validez del certificado. Recuerdo que luego el administrador nos contó que esa empresa Intec no existía, según le habían informado del MOP, por lo que el documento de validez de la empresa era falso. Posterior a esto salgo de vacaciones por lo que me desvinculo del tema

y a mi regreso tomo conocimiento que un abogado del MOP se acercó a Secplac a investigar el tema, descubriendo que esa empresa Intec Ltda. había postulado a otro proyecto anterior y el original del certificado del MOP no estaba en esa carpeta[...]”.

4. Dunia Matus Saavedra, la que dijo que “[...] Un tiempo después -que no puedo precisar en este momento- llegó a la Municipalidad un Abogado del MOP solicitando información de la licitación del Proyecto de Calefacción de las postas rurales y fue derivado a mí a objeto que pudiera revisar la carpeta con la documentación, indicándome esta persona que había un documento adulterado, específicamente un certificado del MOP, el que tenía un número y que en el MOP está registrado para qué empresa lo entrega y para qué proyecto, dándose cuenta que fue emitido para una licitación efectuada en la Municipalidad de Pitrufrquén, pero en un proyecto anterior”.

5. El Alcalde de Pitrufrquén sr. Canales también refuerza esta idea al decir “[...]Me hicieron una revisión de todo el procedimiento y efectivamente ocurrió que existía una irregularidad en cuanto a la identidad de la empresa que había ganado el contrato, en cuanto al parecer no estaba inscrita en el Registro de vigencia de contratistas públicos del Ministerio de obras públicas, incorporándose al parecer un documento adulterado para efectos de cumplir con la entrega de dicho documento. [...] Aproximadamente a principios del mes de abril de 2009 pasaba por el centro de Temuco, y me abordó el sr. Cristian Toloza, Fiscal del MOP, quien me indicó que había concurrido a su oficina

el sr. N.B., quien le había reconocido su participación en la falsificación de un documento público que fue incorporado a la licitación del contrato antes referido, ante lo cual me indicó que ese antecedente era pertinente para que el fiscal del sumario administrativo lo tuviera presente, por lo cual se ofrecía a declarar en dicho sumario. Frente a esa situación yo le comuniqué lo anterior al fiscal del sumario, y además se reunió conmigo el sr. N.B., quien ante mí reconoció haber falsificado el Certificado de registro de la empresa que se adjudicó el contrato, haber estado en conocimiento de ello y haber integrado la comisión evaluadora de las ofertas, y haber dado su voto para adjudicar el contrato a dicha empresa, viciando de esa forma el procedimiento completo[...].”

6. M.S.E. que, sobre este particular, manifestó que “[...] llamé a N.B., le pregunté de que se trata esto, él me confiesa la ilicitud ejecutada por él consistente en la adulteración del instrumento público donde constaba la inscripción en el MOP de mi empresa, confesándome que lo hizo con una inscripción de una Empresa postulante a otra licitación colocando allí el nombre de mi Empresa [...]”

DÉCIMO TERCERO: Que, por otra parte, el delito de negociación incompatible por el que acusó el Ministerio Público a B.D. se haya previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 240 del Código Penal, el que establece que “*El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado*

medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio”.

Antes de detallar cómo se haya configurado este delito, debe consignarse que es este tipo penal el que se acreditó y no alguno de los contenidos en los incisos siguientes de la misma disposición legal citada, dado que no se probó la existencia de los vínculos de parentesco que esos incisos señalan, ni tampoco el hecho que el acusado estuviera legalmente asociado con la empresa que, como resultado de las maniobras del encartado, ganó la licitación donde se verificaron estos ilícitos.

Habiéndose acreditado la calidad de empleado público de B.D. según se ha dicho, debe ahora establecerse que el acusado se interesó, ya sea directa o indirectamente, en un contrato u operación en que debía intervenir por razón de su cargo.

Respecto a esto último, ha quedado claro que dentro de las funciones que ejercía el Secretario Comunal de Planificación en razón de su cargo se encontraba la de participar en la Comisión Evaluadora del Proyecto de Licitación, puesto que en esta calidad B.D. firmó el Informe N°24 al que ya se ha hecho referencia y, además, así lo establecen las “*Bases Administrativas Generales y Especiales de Propuesta Pública*”, que establecían las condiciones y normas que reglamentaban la contratación de la obra “*Instalación Calefacción Postas, Polul,*

Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufrquén” que se cuentan dentro de los antecedentes de investigación aceptados por el acusado, las que en su acápite sexto regulan el “*Procedimiento de apertura y adjudicación de las propuestas*” señalando que “*las propuestas serán evaluadas por una Comisión, compuesta inicialmente por un profesional del Departamento de Secplan, Director del Departamento de Salud, I.T.O. de la Dirección de Obras Municipal y Secretario Municipal, quienes evaluarán la mejor y más conveniente, la que se adjudicará a través de Portal Chilecompras*”. Por su parte, y en abono de lo anterior debe citarse la letra e) del artículo 21 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N°18.695, que señala que a la Secretaría Comunal de Planificación le corresponde “*Elaborar las bases generales y específicas, según corresponda, para los llamados a licitación, previo informe de la unidad competente, de conformidad con los criterios e instrucciones establecidos en el reglamento municipal respectivo*”. De todo esto, en consecuencia, se colige que en razón de su cargo de Secretario Comunal de Planificación, a B.D. le correspondía intervenir en el proceso de licitación para la contratación de la obra “*Instalación Calefacción Postas, Polul, Galpones, Comuy y Mahuidanche, Pitrufrquén*”, ya sea elaborando las bases generales y específicas del llamado a licitación según lo mandata la ley orgánica constitucional citada, y participando en la comisión evaluadora de las propuestas que concurren al proceso de licitación que finalizó con la adjudicación de la licitación a la empresa INTEC

Ltda., y con la firma del respectivo contrato de ejecución de obra, de 7 de noviembre de 2008, suscrito por Humberto Catalán Candia en su calidad de Alcalde de Pitrufrquén, y M.S.E. como representante legal de INTEC Ltda. y que también se encuentra adjunto como antecedente de la investigación aceptado por el encartado, en el que señala en su cláusula cuarta que “*el contratista se obliga a ejecutar las obras que se contratan por un monto de \$7.000.000 (siete millones de pesos) IVA incluido*”.

Finalmente, resulta procedente determinar la existencia de un interés por parte de B.D. -sea directo o indirecto- en el proceso de licitación cuestionado, en la adjudicación, en la contratación y en el pago de la cantidad antedicha. Al respecto, conviene señalar que la doctrina configura a este delito de negociación incompatible como uno de peligro abstracto, que se consuma con la sola ejecución de la conducta penada sin que se requiera efectivamente un perjuicio al patrimonio fiscal, y sin siquiera acreditar “*el que dicho patrimonio ha corrido un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos. Las expresiones “tomar interés” y “dar interés” empleadas por los tipos no implican la idea de obtención efectiva de ventajas, sino tan sólo la de “interesarse” o “interesar”, esto es, como señala el Diccionario en su segunda acepción, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés. Todo lo que importa, en atención a la ratio legis de la norma, es que la “operación” en la que se interviene*

o se da intervención a otro tenga carácter lucrativo, pues únicamente en esas circunstancias surge el peligro que la ley propone evitar” (*Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial. Politoff, Matus y Ramírez. Primera edición. Ed. Jurídica 2004. P. 477.*). El mencionado carácter lucrativo del negocio por el que se cuestionó la conducta de B.D. en estos autos se estableció en la cláusula cuarta del citado contrato de ejecución de obra que señalaba que “*el contratista se obliga a ejecutar las obras que se contratan por un monto de \$7.000.000 (siete millones de pesos) IVA incluido*”. Ahora, y en cuanto al tipo de interés que le asistía a B.D. en su accionar, conviene precisar que el “*tomar interés*” debe ser siempre personal del funcionario, y el que sea directo o indirecto dependerá del hecho de si ese interés se toma por sí mismo, o por intermedio de un tercero a través de la figura del “*palo blanco*”; precisado lo anterior, este sentenciador estima que el interés que le asistía a B.D. era de tipo personal e indirecto, por cuanto ese interés personal lo manifestó a través de un tercero que resultó ser la empresa INTEC Ltda. y a través de la gestión del representante legal de la misma don M.S.E., lo que se ve acreditado por la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del acusado entre los que se haya la declaración de S.E., quien manifestó al Fiscal acusador que tenía una obra en ejecución en esa época en la comuna de Loncoche, y en dos oportunidades pasó por la oficina de B.D. en la Municipalidad de Pitrufrquén “*a conversar con él, oportunidades en las cuales me manifestó su*

interés de postular a una licitación en el municipio de Pitrufrquén, consistente en instalación de calefacción, donde me señala que ya había ejecutado muchos trabajos similares, pero que él no tenía una empresa formalizada o inscrita en los registros para poder postular, y si era posible hacerlo por intermedio de mi empresa Intec Limitada, y como se trataba de un proyecto que ni por monto ni por área de ejecución me interesara le dije que podía ser que me llamara, que lo pensaría”, lo que en definitiva ocurrió como ha podido establecerse.

Que, como corolario a todo lo dicho en este considerando, se puede dar por acreditado que el acusado cometió el delito de negociación incompatible en una fecha no precisada entre los meses de junio y noviembre de 2008, por cuanto concurren a su respecto todos y cada uno de los elementos del tipo penal del ilícito en cuestión.

DÉCIMO CUARTO: Que, corresponde ahora pronunciarse respecto a la existencia de un concurso material de delitos en las conductas realizadas por el acusado, puesto que así lo esgrimio el Ministerio Público en su acusación y también la defensa en sus alegaciones. Para determinar lo anterior, conviene citar a don Mario Garrido Montt para quien existe concurso material de delitos “*cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria*” (*Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Ed. Jurídica. Primera Edición. 1997. p.344*). Según

lo dicho, debe establecerse si los diferentes delitos que se ha acreditado que cometió B.D., estaban o no conectados entre sí, y si para cometerlos realizó dos o más acciones constitutivas de los delitos en cuestión.

En lo que respecta al delito de infidelidad en la custodia de documentos, este sentenciador estima que esa conducta es independiente de la conducta que configura la falsificación del instrumento público, y ambas son también diferentes e independientes de la conducta desplegada para la realización del delito de negociación incompatible.

En efecto, en la negociación incompatible la conducta típica, antijurídica y culpable del acusado se configura en el momento mismo donde manifiesta el interés en el negocio del que conoció en razón de su cargo, de donde se sigue que es irrelevante si para ese efecto él desplegó otra actividad delictiva distinta al mero interés que le asistía. Dicho lo anterior, puede entonces también estimarse que los otros dos delitos de falsificación de instrumento público y de infidelidad en la custodia de documentos también se hallan en concurso material entre sí, y ambos en concurso material respecto al delito de negociación incompatible, ya que en el delito de infidelidad en la custodia de documentos la conducta delictiva existe en el momento mismo de haberse verificado la sustracción o destrucción del documento cuya custodia se le encargó en razón de su cargo al empleado público, lo que en efecto sucedió puesto que se estableció que B.D. sustrajo o destruyó el

documento original del Certificado N°114 que se ha señalado y que finalmente presentó al proceso de licitación un documento falso que tuvo como antecedente material o físico el documento original que desapareció o sustrajo, y que él tenía el deber de guardar, del que se copiaron sus características distintivas y se adulteró en la forma en que ya se ha señalado en este fallo. Por esto entonces, también es independiente de los otros delitos la conducta que configura la falsificación de instrumento público que se ha establecido dado que, agotado el tipo penal de infidelidad en la custodia de documentos allí donde se sustrae o destruye el documento cuya custodia ejercía B.D. en razón de su cargo, las maniobras desplegadas por el acusado para adulterar el documento auténtico -y que corresponde al Certificado N°114 tantas veces mencionado- tuvieron por único objeto o fin falsear los antecedentes de la empresa INTEC Ltda. variando en consecuencia el original sentido del documento verdadero, fingiendo de esta manera que la empresa en cuestión cumplía con todos y cada uno de los requisitos para participar en el proceso de licitación.

Abona la conclusión anterior el hecho que el mismo tratadista citado estima que uno de los criterios definitorios a la hora de determinar la presencia de un concurso material es el ámbito de protección de la norma que precisa el sentido del tipo, esto es, él o los bienes jurídicos a los cuales extiende su protección, qué modalidades de ataque considera y si ese ataque y lesión colman el tipo. Sobre el particular,

debe señalarse que el bien jurídico protegido en el delito de falsificación de instrumento público es la fe pública, entendida esta como seguridad en el tráfico jurídico; en el delito de negociación incompatible el bien jurídico protegido es el mismo que en el delito de infidelidad en la custodia de documentos, y que corresponde al recto funcionamiento de la administración pública, pero en estos dos últimos casos hay que considerar que la modalidad de ataque y la lesión al bien jurídico se configuran y satisfacen el tipo penal, en el primer caso de negociación incompatible, cuando se acredita que existe el interés por parte del funcionario en contrato u operación en que debió intervenir en razón de su cargo, y en el segundo caso de infidelidad en la custodia de documentos, cuando se ha producido por parte del empleado público la destrucción o sustracción del documento que le hubiere sido confiado en razón de su cargo.

Por lo anterior, este sentenciador es de opinión que, en la comisión de estos actos por parte del acusado sí nos encontramos en presencia de un concurso material de delitos y, según lo ordena el artículo 74 del Código Penal que establece el tratamiento punitivo de este tipo de concurso, *“al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”*, estableciendo el inciso segundo de este mismo artículo el cómo se deberán cumplir las distintas sanciones al decir que *“El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de*

resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1”, siendo este el criterio que se adoptará a la hora de determinar cuál será el orden de cumplimiento de las condenas que se le impondrán en la parte resolutive de este fallo al acusado.

DÉCIMO QUINTO: Que, tal y como lo alegara el Ministerio Público y la defensa, efectivamente le asisten al acusado las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior prevista en el numeral 6° del artículo 11 del Código Penal, y también la del artículo 11 N°9 del Código Penal, teniendo presente que aceptó los hechos del procedimiento abreviado, y aceptó terminar en definitiva la causa a través de este procedimiento especial, razón por la cual de conformidad al artículo 407 del Código Procesal Penal el Tribunal estima suficientemente acreditada esta circunstancia.

DÉCIMO SEXTO: Que, como se dijera, el delito de infidelidad en la custodia de documentos por el que acusó el Ministerio Público a B.D., se encuentra previsto y sancionado en el numeral 2° del artículo 242 del Código Penal, asignándosele una pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, estando dentro del rango legal

la solicitud de pena efectuada por el Ministerio Público que requirió para este delito una pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 11 U.T.M., y en atención a la concurrencia de ambas atenuantes hacen que, según lo dispuesto por el artículo 68 del Código Penal, este Tribunal pueda rebajar uno, dos o tres grados la pena asignada en abstracto al delito, por lo que la solicitud de pena efectuada por el Ministerio Público se encuentra dentro de los márgenes que la ley prevé. Por otra parte, la defensa alegando la concurrencia de las dos atenuantes, pide que se le imponga a su defendido la pena en su mínimo, esto es, una sanción que no exceda de los 61 días de presidio menor en su grado mínimo y solicita se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena, toda vez que aquel cumpliría con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216, y respecto a la pena de multa de 11 U.T.M. que pidió el fiscal, solicitó se le concedan al menos 11 cuotas mensuales para el pago de la misma, siendo el fundamento de esta petición de parcialidades para el pago la existencia de las atenuantes aludidas y haber aceptado el procedimiento abreviado.

Este Tribunal accederá a la solicitud de pena formulada para este delito por parte del Ministerio Público y la aplicará en ese cuántum por así ordenarlo el artículo 412 del Código Procesal Penal, ya que a la luz de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, la entidad de las atenuantes de responsabilidad penal que le asisten al acusado no es de tal manera signi-

ficativa que permita aplicar la sanción en su mínimo según lo ha pedido la defensa, ya que el hecho de no registrar anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes el acusado no es una circunstancia que merezca, a juicio de este sentenciador, especial consideración puesto que tal condición no es más que un requisito de ingreso para poder trabajar en la administración municipal según lo dispone la letra f) del artículo 10 de la Ley N°18.883 que Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y lo mismo puede señalarse respecto a la otra atenuante de responsabilidad penal acreditada para los efectos de este procedimiento abreviado.

Sin perjuicio de lo anterior, se accederá a lo solicitado por la defensa en cuanto a la modalidad de pago de la multa que lleva aparejada la comisión de este delito, en la forma en que dirá en la parte resolutive de este fallo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de otra parte, el delito de falsificación de instrumento público se encuentra previsto y sancionado en el numeral 6° del artículo 193 del Código Penal, asignándosele una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, y respecto a este delito el Ministerio Público solicitó la aplicación de una pena de 800 días de presidio menor en su grado medio y demás accesorias; a su turno, la defensa solicitó que por la concurrencia de las dos atenuantes se le aplique una sanción que no exceda de los 541 días de presidio en su grado medio y solicita se le conceda el beneficio de la remisión

condicional de la pena, toda vez que cumple con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216, estando en consecuencia dentro del rango punitivo las peticiones de la defensa y del Ministerio Público a la luz de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 68 del Código Penal que posibilita la rebaja de la pena en uno, dos o tres grados del mínimo asignado al delito, cuando concurren dos o más atenuantes y no hay agravantes como en este caso.

Por los mismos fundamentos ya señalados en el considerando anterior, este Tribunal accederá a la solicitud de pena formulada para este delito por parte del Ministerio Público y la aplicará en ese quantum por disposición del artículo 412 del Código Procesal Penal, ya que a la luz de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, la entidad de las atenuantes de responsabilidad penal que le asisten al acusado no es de tal manera significativa que permita aplicar la sanción en su mínimo según lo ha pedido la defensa, ya que el hecho de no registrar anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes el acusado no es una circunstancia que merezca, a juicio de este sentenciador, especial consideración puesto que tal condición no es más que un requisito de ingreso para poder trabajar en la administración municipal según lo dispone la letra f) del artículo 10 de la Ley N°18.883 que Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, y lo mismo puede señalarse respecto a la otra atenuante de responsabilidad penal acreditada para los efectos de este procedimiento abreviado

DÉCIMO OCTAVO: Que, el delito de negociación incompatible por el que acusó el Ministerio Público a B.D. se haya previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 240 del Código Penal con una pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio, solicitando a este respecto el Ministerio Público una pena de de 301 días de reclusión menor en su grado mínimo, 3 años y 1 día de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos y multa del 10% del interés tomado en el negocio que corresponde a la suma de \$700.000; la defensa, solicitó que por la concurrencia de las dos atenuantes se imponga la pena en su mínimo y que la sanción no exceda de los 61 días de presidio menor en su grado mínimo y solicita se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena, toda vez que cumple con los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216 y, respecto a la multa de \$700.000 que pidió el fiscal, solicita que por aplicación del artículo 70 del Código Penal se le concedan al menos 10 cuotas mensuales para el pago de la misma, siendo el fundamento de esta petición de parcialidades para el pago la existencia de las atenuantes aludidas y haber aceptado el procedimiento abreviado.

Resulta importante consignar que a la fecha de comisión de estos hechos el Código Penal sancionaba esta

conducta con una pena de reclusión menor en su grado medio e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio además del interés referido, lo que cambió con la Ley N°20.341 publicada en el Diario Oficial el 22 de abril del año 2009, la que mantuvo la pena corporal y la multa asociada al interés en el negocio, pero morigeró la pena de inhabilitación que el delito traía aparejada, cambiando desde la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, a inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo, y por ser esta ley más beneficiosa para el condenado según los generales criterios de aplicación e interpretación de la ley penal -lo que se haya además ordenado en la Constitución Política de la República en el inciso penúltimo del número 3° del artículo 19- se le aplicará esta norma hoy vigente aún cuando a la fecha de comisión de estos hechos la modificación no existía. Por esto entonces, y entendiendo que el Fiscal ha rebajado su solicitud de pena en lo que se refiere a esta inhabilitación también en un grado como lo hizo con la pena corporal, se le impondrá en la cantidad por el solicitada de 3 años y 1 día de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos.

Que, nuevamente y por los mismos fundamentos ya señalados en los dos considerandos anteriores, se accederá a la solicitud de pena formulada para este delito por parte del Ministerio Público y la aplicará en ese cuántum por disposición del artículo 412 del

Código Procesal Penal, ya que según se dijera y conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, la entidad, valor o importancia de las atenuantes de responsabilidad penal que le asisten al acusado no son de tal manera significativas que permitan aplicar la sanción en su mínimo según lo ha pedido la defensa, ya que el hecho de no tener anotaciones prontuariales pretéritas por crimen o simple delito en su extracto de filiación y antecedentes el acusado no es una circunstancia que merezca, a juicio de este sentenciador, especial consideración o valoración puesto que tal condición no es más que un requisito de ingreso para poder trabajar en la administración municipal según lo dispone el artículo ya citado de la Ley N°18.883, pudiendo decirse igual cosa en lo que se refiere a la atenuante de responsabilidad penal de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos y acreditada para los efectos de este procedimiento abreviado según lo dispone el artículo 407 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se accederá a lo solicitado por la defensa en cuanto a la modalidad de pago de la multa que lleva aparejada la comisión de este delito, en la forma en que se dirá en la parte resolutive de este fallo.

DÉCIMO NOVENO: Que, sin perjuicio de lo dicho en los tres considerandos anteriores, cumpliéndose los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley N°18.216, se le concederá al acusado el beneficio de la remisión condicional de la pena

solicitado por la defensa respecto a los tres delitos por los que se le ha acusado y por los que se le condenará, puesto que B.D. no presenta condenas en su extracto de filiación y antecedentes, y su aceptación de los hechos en este procedimiento permiten también tener por acreditada la exigencia de la letra c) del artículo 4° de la ley citada, todo lo que hace estimar a este Tribunal que un cumplimiento efectivo de la sanción corporal impuesta se hace innecesario en este estadio procesal.

VIGÉSIMO: Que, en lo que dice relación a las costas de la causa, el tribunal eximirá al acusado de su pago teniendo presente que aceptó el procedimiento abreviado, renunciando al juicio oral y por lo tanto ahorrando al Estado los costos de realización del mismo, considerándose también para esta decisión que el requerido se encontraba representado por la Defensoría Penal Pública en este procedimiento y el hecho que el Ministerio Público no haya pedido la condena a este respecto.

Por estas consideraciones, y teniendo presente además lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y los artículos 1, 5, 11 N°6, 11 N°9, 14, 15, 18, 21, 22, 25, 39, 40, 49, 50, 56, 67, 68, 69, 70, 74, 193 N°6, 240, 242 y 260 del Código Penal; 406, 407 y siguientes del Código Procesal Penal; artículo 21 de la Ley N°18.695; artículo 10 de la Ley N°18.883 y Ley N°18.216 se declara:

I. Que SE CONDENA a N.H.B.D., cédula nacional de iden-

tividad N°XXXXXXXX-X, ya individualizado en calidad de autor del delito consumado de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°6 del Código Penal, perpetrado en la comuna de Pitrufquén en una fecha no determinada entre los meses de junio a noviembre del año 2008, a la pena de **OCHOCIENTOS (800) DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, y a la pena accesoria de suspensión para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Que atendido lo prevenido en el artículo 4° de la Ley 18.216, concurriendo respecto de **N.H.B.D.** los requisitos para ello, se le concederá el beneficio alternativo de cumplimiento de la sanción corporal consistente en la **REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA**, quedando sujeto al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile durante el plazo de observación de **DOS AÑOS Y SEIS MESES**, debiendo cumplir con las demás exigencias establecidas en el artículo quinto de la referida Ley.

II. Que SE CONDENA a N.H.B.D., cédula nacional de identidad N°XXXXXXXX-X, ya individualizado en calidad de autor del delito consumado de negociación incompatible del inciso 1° del artículo 240 del Código Penal, perpetrado en la comuna de Pitrufquén en una fecha no determinada entre los meses de junio a noviembre del año 2008, a la pena de **TRESCIENTOS UN DÍA (301) DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO**

MÍNIMO, a una pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA (3 AÑOS Y 1 DÍA) DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA TEMPORAL EN SU GRADO MÍNIMO PARA CARGOS, EMPLEOS U OFICIOS PÚBLICOS** y al pago de una **MULTA DEL 10% DEL INTERÉS TOMADO EN EL NEGOCIO** que corresponde a la suma de \$700.000.

Que atendido lo prevenido en el artículo 4° de la Ley 18.216, concurriendo respecto de **N.H.B.D.** los requisitos para ello, se le concederá el beneficio alternativo de cumplimiento de la sanción corporal consistente en la **REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA**, quedando sujeto al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile durante el plazo de observación de **UN AÑO**, debiendo cumplir con las demás exigencias establecidas en el artículo quinto de la referida Ley.

III. Que SE CONDENA a **N.H.B.D.**, cédula nacional de identidad N°XXXXXXX-X, ya individualizado en calidad de autor del delito consumado de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242 N°2 del Código Penal, perpetrado en la comuna de Pitrufquén en una fecha no determinada entre los meses de junio a noviembre del año 2008, a la pena de **TRESCIENTOS (300) DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, multa de **once (11) UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** y a la pena accesoria de suspensión para cargos y

oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Que atendido lo prevenido en el artículo 4° de la Ley 18.216, concurriendo respecto de **N.H.B.D.** los requisitos para ello, se le concederá el beneficio alternativo de cumplimiento de la sanción corporal consistente en la **REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA**, quedando sujeto al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile durante el plazo de observación de **UN AÑO**, debiendo cumplir con las demás exigencias establecidas en el artículo quinto de la referida Ley.

IV. Que, en lo relativo a las sanciones de naturaleza pecuniaria que se le han impuesto al condenado en los números II. y III. de esta parte resolutive del fallo, y en base a los antecedentes alegados por su defensa y conforme lo dispone el artículo 70 del Código Penal, se autoriza el pago de las mismas según las siguientes modalidades:

a) La **multa del 10% del interés** tomado en la negociación incompatible, y que corresponde a la suma de \$700.000, se faculta su pago en **10 cuotas** iguales, mensuales y sucesivas de **\$70.000 (setenta mil pesos) cada una**, debiendo pagarse en forma mensual, a más tardar el día 30 de cada mes, empezando a cumplir esta obligación el mes siguiente a aquel en que este fallo quede ejecutoriado. El no pago de una de las cuotas señaladas, permitirá hacer efectivo el apremio legal correspondiente y si el sentenciado no tuviere

bienes para cumplir con el pago de la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión que establece el artículo 49 del Código Penal.

b) La **multa de once (11) UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** por el delito de infidelidad en la custodia de documentos, en **11 cuotas** iguales, mensuales y sucesivas de **UNA (1) U.T.M. cada una**, debiendo pagarse en forma mensual, a más tardar el día 30 de cada mes, empezando a cumplir esta obligación el mes siguiente a aquel en que este fallo quede ejecutoriado. El no pago de una de las cuotas señaladas, permitirá hacer efectivo el apremio legal correspondiente. Si el sentenciado no tuviere bienes para cumplir con el pago de la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual a los que fue condenado, es decir, 55 días.

V. Que el orden de cumplimiento de las penas impuestas es el mismo orden en el que se encuentran establecidas en esta parte resolutive del fallo, por así ordenarlo el inciso 2° del artículo 74 del Código Penal.

VI. En caso que uno o más beneficios le fueran revocados, no hay abonos que considerar a favor del condenado.

VII. Que se exige al sentenciado de las costas de la causa, por haber renunciando a un juicio oral, y

por haber sido representado por la Defensoría Penal Pública.

Ejecutoriada la presente sentencia cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y déjense sin efecto las medidas cautelares impuestas, oficiándose al efecto.

Remítase copia de la sentencia al Registro Nacional de Condenas del Servicio de Registro Civil e Identificación y a la Contraloría General de la República.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Téngase por notificados a los intervinientes en esta misma audiencia de lectura.

R.U.C 0801163447-9

R.I.T N°497-2009.

Dictada por don **ROBERTO ENRIQUE HERRERA OLIVOS, Juez de Garantía Interino** del Juzgado de Garantía de Pitrufquén.

Envíese copia de este Registro al Sr. FISCAL y Sr. DEFENSOR vía correo electrónico.

Se puso término a la audiencia firmando el presente registro el Sr. Magistrado.

CERTIFICO: que se dio cumplimiento a lo prevenido en el artículo 30 del Código procesal penal. Pitrufquén, 8 de febrero de 2010.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

PRESCRIPCIÓN ILEGAL Y SUMINISTRO ILEGAL DE DROGAS, CONCEPTOS BÁSICOS, CARACTERÍSTICAS Y JURISPRUDENCIA

Renzo Figueroa Aste¹

El presente artículo reúne tres figuras penales contempladas en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley N°20.000 sobre tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, las que dicen relación con el suministro o prescripción de sustancias prohibidas comprendidas en el artículo 1°, 2° y 5° del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°867.

Desde ya conviene precisar que si bien son figuras distintas al tráfico ilícito de los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000, comparten su naturaleza de delito de peligro y la protección del bien jurídico salud pública, no obstante que, en el caso del suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años, existe una afectación directa a la salud individual de los mismos.

Se trata, entonces, de maneras diferentes de poner a disposición de los consumidores finales sustancias prohibidas por la Ley N°20.000, tanto es así, que en los casos de la “receta” o “suministro” de drogas, si estas últimas fueran puestas directamente a disposición de los consumidores, configurarían el delito de tráfico ilícito de los artículos 3° o 4° de la mencionada ley.

Los delitos que analizaremos son:

- 1.- Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años (art. 5°).
- 2.- Prescripción o receta por parte de facultativo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas sin necesidad médica o terapéutica (art. 6°).
- 3.- Suministro de drogas en contravención a las normas legales o reglamentarias (art 6°).

1.- Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años

La Ley N°20.000 en su artículo 5° establece que: *“El que suministre a menores de dieciocho años de edad, a cualquier título, productos que contengan hidrocarburos aromáticos, tales como benceno, tolueno u otras sustancias similares, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales”*. Agregando en su inciso segundo y final

1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

que *“Atendidas las circunstancias del delito, podrá imponerse, además, la clausura a que hace referencia el artículo 7°”*.

Sujeto activo

No se trata de un sujeto determinado por su calidad o facultad, sino que de cualquier persona que realice la acción de suministrar hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años.

Conducta típica

Para configurar el tipo penal, basta con suministrar *“a cualquier título”* a *“menores de 18 años”* las sustancias a que hace referencia el artículo 5° de la Ley N°20.000, que por especial reenvío del artículo 63 del mismo cuerpo legal, están expresamente señaladas en el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°867 de fecha 8 de agosto de 2007.

Por “suministrar” debemos entender *“proveer a uno de algo que necesita”*; lo que nos lleva necesariamente a definir otros conceptos relacionados, como *“proveer”*, cuyo significado es *“suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para una fin”*, facilitar, *“proporcionar o entregar”* y proporcionar, *“poner a disposición de uno lo que necesita o le conviene”* y entregar, *“poner en manos o en poder de otro a una persona o cosa”*, todos conceptos definidos por la Real Academia de la Lengua Española.

Elementos subjetivos

La figura en comento estaba regulada en la Ley N°19.366 y señalaba que el suministro de tales sustancias debía ser *“...en proporción suficiente para producir efectos tóxicos o psicotrópicos, a sabiendas de que están destinados a ser consumidos por dichas personas.”* Y que *“...si sólo existió imprudencia o negligencia culpable en el suministro, la sanción será reclusión o relegación menores en su grado mínimo o multa de veinte a cien unidades tributarias mensuales”*.

Como vemos, la normativa anterior a la actual Ley N°20.000 establecía elementos subjetivos en su descripción típica que, en virtud de la discusión parlamentaria para su sustitución, fueron finalmente eliminados.

De ello da cuenta el Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas en el que se deja constancia de la formulación de indicaciones al inciso primero del entonces artículo 10°, por parte del Diputado señor Orpis, quien estuvo por eliminar la frase *“a sabiendas de que están destinados a ser consumidos por dichas personas”*, toda vez que el propósito de la norma era derechamente prohibir la venta de estas sustancias a los menores de dieciocho años, por ser sustancias tóxicas que producen efectos psicotrópicos, insistiéndose también que el

demostrar que el vendedor sabía que iban a ser consumidas era prácticamente imposible, haciendo inoperante la norma.

Por el contrario, el Jefe de la División Judicial del Ministerio de Justicia señaló que los productos mencionados en la norma tienen usos lícitos en variadas actividades, resultando complejo prohibir su venta o fabricación, aun cuando ellos pudiesen ser desviados a un objeto ilícito, planteándose la posibilidad de mantener el elemento subjetivo “*a sabiendas o debiendo saber*”, por cuanto considera el dolo directo y el eventual, precisándose que la disposición tenía por objeto evitar la venta de estos productos a menores, por lo que sólo se estaba restringiendo la venta y no prohibiéndola.

Finalmente se aprobaron las indicaciones que eliminaban la expresión “*a sabiendas de que están destinados a ser consumidos por dichas personas*”.

Objeto material del delito

Son objeto jurídico del delito todas aquellas sustancias a que se refiere el artículo 5° en estudio, esto es, hidrocarburos aromáticos expresamente señalados en el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°867 de fecha 8 de agosto de 2007.

Jurisprudencia

El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco², amparado en la norma del artículo 10° de la Ley N°19.366, condenó al acusado por haber suministrado a menores de 18 años de edad pegamentos del tipo industrial con solventes orgánicos volátiles, los que contenían tolueno.

En el presente caso, la defensa solicitó la absolución de su representado argumentando un error de prohibición, siendo tal petición desestimada por el tribunal, en virtud de los hechos acreditados, argumentando que: “...*el error de prohibición a que alude la defensa en el cual incurre quién estima estar obrando conforme a derecho, aunque realiza una acción típica y aparentemente antijurídica, no es atendible, debido a que el acusado fue advertido por los policías de la Comisión Civil que la venta de productos que contienen hidrocarburos aromáticos estaba prohibida a menores de edad, condición que era perceptible por la calidad de estudiantes que, en gran afluencia, concurrían a su local comercial, como lo acreditó Carabineros. Sin embargo, el imputado persistió en su afán, siendo reiterativa su conducta*”.

A mayor abundamiento, y sin ser un requisito para configurar el delito, los propios menores involucrados expusieron que el acusado sabía que inhalaban el pegamento.

2 Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 10/05/02, RUC: 0100014466-1, RIT 015/02, considerando 8°.

Por su parte, en el año 2007, en sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, se condenó a un sujeto en virtud del artículo 5° de la Ley N°20.000, habiéndose acreditado que la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile sorprendió al imputado adquiriendo un envase de hidrocarburo aromático tipo diluyente (duco) para luego, y una vez en las afueras del local comercial, suministrarlo el mismo a tres menores de edad.

En virtud de lo anterior, el Tribunal señaló que los hechos tipificaron el delito previsto y sancionado en el artículo 5° de la Ley N°20.000, toda vez que *“...un adulto procedió mediante actos precisos, claros y unívocos a suministrar hidrocarburo aromático -Diluyente Duco-, que contiene tolueno hexano, heptano y metilciclohexano. Además resultó probada la compra del duco de la droga, la cantidad, y la forma como fue retirada y suministrada a los menores. Diluyente que el adulto sabía que era para ser consumido por los menores. No hay ninguna prueba que indique que se iba a utilizar en un trabajo específico. Ahora bien, en estos delitos se afecta el bien jurídico denominado salud pública que comprende la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas. Y más especialmente menores de edad”*³.

No obstante lo anterior, la defensa señaló que la figura penal en cuestión fue creada pensando en los establecimientos que venden dichas sustancias y que por ello, tanto la Ley N°19.366 como la actual, mantienen como sanción la clausura del establecimiento. De ahí, entonces, que para ellos la acción de su representado no era típica, toda vez que nunca suministró las sustancias a los menores de edad, sino que más bien ejecutó una labor de tránsito, es decir, compró con la idea de entregarlo, sin que ello llegara a ocurrir.

La Fiscalía hizo mención al artículo 18 de la Ley N°20.000 que señala que los delitos que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución, lo que debía conjugarse con el artículo 5°, toda vez que efectivamente el acusado dio inicio al principio de ejecución, exigiéndose, entonces, sólo cualquier desplazamiento destinado al efecto, entendiéndose la palabra “suministrar” como *“proveer de algo que se necesita”*, tal como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

El Tribunal, hizo suyos los fundamentos de la Fiscalía precisando que: *“1.- Obviamente que con el establecimiento de esta figura penal, lo que ha querido el legislador es pensando en la salud pública, proteger mejor y más adecuadamente a sus miembros y en especial a los menores -esto no tiene otra lectura- 2.- Sin duda el sujeto activo es cualquier persona imputable. Ahora bien, si lo realiza un comerciante procederá en su caso la clausura del establecimiento. 3.- Finalmente respecto al principio de ejecución, la defensa nada dijo. Y debe estarse a lo dispone nítidamente el*

3 Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 18/04/07, RUC: 0600355198-7, RIT 15/07, considerando 6°.

artículo 18 de la ley 20.000. En este caso y siguiendo a Francisco Muñoz Conde (en su obra Derecho Penal parte general, pág. 432), puede ser aplicada la teoría mixta o intermedia. Pues el autor desplegó una serie de acciones, que siguiendo además, el curso de los acontecimientos, tenía por objetivo suministrar a los menores Duco. Conductas del acusado que caen claramente como categorías de actos de ejecución –y no sólo del pensamiento– que se ciñen y concuerda con la figura típica del artículo 5 de la ley 20.000.– Toda vez, que hizo actos inequívocos tendientes a proveer a los menores de algo que necesitaban⁴.

En virtud del fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, la defensa interpuso recurso de nulidad en contra de la misma, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo al condenar al inculcado por el delito descrito, sin darse los presupuestos para ese tipo penal dado que el hecho investigado a su juicio era atípico.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas rechazó el recurso interpuesto señalando que: *“Que el delito previsto y sancionado en el citado artículo 5° establece suministrar como verbo rector del tipo y no estando este término definido en la ley, la Real Academia Española indica que es proveer a uno de algo que necesita; y proveer, en su segunda acepción, como suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin a la vez que facilitar, en su segunda acepción, es proporcionar o entregar y proporcionar, en su tercera acepción, lo define como poner a disposición de uno lo que necesita o le conviene y entregar, a su vez, como poner en manos o en poder de otro a una persona o cosa, definiciones todas que concurren en los hechos establecidos en el ya citado fundamento quinto del fallo recurrido”.*

2.- Prescripción o receta por parte de facultativo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas sin necesidad médica

El tipo penal en mención está establecido en el artículo 6° de la Ley N°20.000, el que dispone que: *“El médico cirujano, odontólogo, o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1°, sin necesidad médica o terapéutica, será penado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales”.*

Sujeto activo

Se encuentra especialmente señalado por la ley y se restringe a los médicos cirujanos, odontólogos o médicos veterinarios.

4 Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 18/04/07, RUC: 0600355198-7, RIT 15/07, considerando 6°.

El antiguo artículo 8° de la Ley N°19.366 contemplaba como sujeto activo del delito al “médico”, “dentista”, “matrona” o “veterinario”. Posteriormente en la presentación del proyecto de ley para su sustitución, el Ejecutivo propuso como sujetos activos del delito al “médico cirujano”, “odontólogo”, “médico veterinario” o “matrona”⁵.

Fue así que, durante la discusión parlamentaria para sustituir la Ley N°19.366 por la Ley N°20.000, específicamente en el segundo informe de la Comisión Especial de Drogas⁶, se pronunciaron por eliminar la expresión “o matrona”, toda vez que ellas no estaban facultadas para emitir recetas, lo que sometido a votación, sin debate, fue aprobado por unanimidad.

Por su parte, en el Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas⁷, el Diputado Orpis manifestó que la norma se refería al profesional autorizado para recetar determinados medicamentos que, sin necesidad médica o terapéutica, producían dependencia psíquica o física y, por lo tanto, eso debía ser sancionado drásticamente.

Conducta típica

La acción típica será entonces “recetar”⁸ o prescribir alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1° de la Ley de Drogas, sin necesidad médica o terapéutica.

Al respecto, la doctrina se ha pronunciado desde el punto de vista del bien jurídico protegido que es la salud pública, toda vez que la prescripción indebida de estupefacientes afectaría materialmente cuando de ella se sigue una difusión incontrolada de dichas sustancias, es decir, cuando ellas no están destinadas al consumo personal del paciente al cual se recetan. Así lo señalan Politoff, Matus y Ramírez⁹, agregando que sería atípica, o no sería materialmente antijurídica, la conducta del facultativo que recete fármacos en base a un diagnóstico y

5 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje del Ejecutivo. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Fecha 2 de diciembre, 1999. Cuenta en Sesión 19, Legislatura 341.

6 1.10 Segundo Informe Comisión Especial Drogas. Cámara de Diputados. Fecha 18 de julio, 2001. Cuenta en Sesión 04, Legislatura 345. Boletín N°2439-20-2. Segundo Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

7 1.4. Informe Comisión Especial sobre Drogas, Cámara de Diputados. Fecha 17 de enero, 2001. Cuenta en Sesión 48, Legislatura 343. Boletín N°2439-20, Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

8 Prescribir un medicamento, con expresión de sus dosis, preparación y uso (RAE).

9 Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, agosto de 2008, Editorial Jurídica de Chile, C. Prescripción abusiva de sustancias estupefacientes (art. 6), p. 631.

tratamiento objetivamente equivocados, es decir, sin necesidad terapéutica, ni tampoco caería en esta figura aquel facultativo que teniendo un diagnóstico correcto recete un fármaco para mejorar no sólo esa determinada enfermedad en particular, sino que la salud en general del paciente, toda vez que en ambos casos no existiría peligro de difusión incontrolada de las sustancias recetadas que afectaran la salud pública.

Elementos subjetivos

Durante la discusión legislativa, ésta se centró en el “*dolo*” y la “*culpa*”, específicamente la expresión “*a sabiendas*” y “*la imprudencia o negligencia culpable*”¹⁰.

El representante del Ejecutivo manifestó que lo que pretendía la norma era sancionar al profesional que recetara drogas sin necesidad médica o terapéutica, ya sea con dolo o con imprudencia o negligencia culpable, y en ese sentido la norma del proyecto perfeccionaba la ley vigente al considerar no sólo la conducta dolosa, sino que también la imprudente o negligente.

En ese sentido, hubo dos objeciones que merecen ser destacadas:

La primera, en relación a la expresión “*a sabiendas*”, considerada como una exigencia inconveniente, toda vez que al existir una conducta intencional ella puede ser realizada con dolo directo, que, para el caso, es queriendo que esa persona se drogue intencionalmente, y entregar, por tanto, la receta con ese fin, lo que significa que se debía probar que el médico se representó el hecho de que la persona a la cual le recetó la sustancia la iba a usar para drogarse.

La segunda objeción dice relación con la calificación de la negligencia o imprudencia, estimándose que se trataba de una exageración señalar que la imprudencia o negligencia fuera “*culpable*”, toda vez que, al establecerse el requisito de culpabilidad, también se está dificultando la prueba de la culpabilidad.

Finalmente se suprimieron las expresiones “*a sabiendas*” y “*culpable*”, por cuanto se estimó que, de aceptar su inclusión, la disposición sería más severa para los médicos, que no sólo responderían de sus actos dolosos, sino también de los “*culposos*”, lo que puesto en votación fue aprobado por unanimidad.

En el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento¹¹, el Ejecutivo también propuso suprimir la figura culposa, por

10 1.4. Informe Comisión Especial sobre Drogas, Cámara de Diputados. Fecha 17 de enero, 2001. Cuenta en Sesión 48, Legislatura 343. Boletín N°2439-20, Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

11 2.2. Primer Informe Comisión de Constitución. Senado. Fecha 2 de diciembre, 2003. Cuenta en Sesión 14, Legislatura 350. Boletín N°2439-20. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en

cuanto no tenía una justificación técnica, evitando con ello, además, situaciones confusas que inhibieran al facultativo a recetar ciertas sustancias, entorpeciendo el ejercicio de su profesión, lo que finalmente fue aprobado por unanimidad.

Durante la discusión en Sala¹², los Senadores Espina y Parra expresaron que en materia penal, lo que se sancionaba eran las conductas dolosas, y en este caso se castiga al profesional que intencionalmente receta sustancias psicotrópicas, con dolo directo o indirecto, a sabiendas de que no son necesarias y de que son ilícitas. Para ellos ésta era una de las fórmulas del tráfico de drogas donde profesionales en complicidad con terceras personas extienden recetas para sacar drogas del mercado lícito y llevarlas al mercado ilícito. Agrega que acá no hay una equivocación si el facultativo receta drogas no necesarias para que después se vendan, sino que nos hallamos ante alguien que trafica a través de una modalidad distinta.

El tema del dolo, entonces, no era algo que merecía ser discutido, por cuanto siempre debe estar presente en el tipo penal, no siendo necesario que se mencione expresamente, no existiendo conducta penal que se sancione sin dolo. Aclaran que en algunos casos se utiliza la expresión “*a sabiendas*” para indicar que se sanciona sólo el dolo directo.

Para el Senador Fernández la norma estaba correcta de la forma planteada, toda vez que el dolo siempre debía probarse. Sumarle otra característica, como la expresión “*a sabiendas*”, haría que la disposición se desnaturalizara absolutamente, como si se le quisiera agregar la palabra “*maliciosamente*”, haciendo más severa la prueba. En ese sentido la disposición se basta a sí misma al hacer referencia al médico que recete sin necesidad terapéutica, cuestión que se acreditará de acuerdo con las reglas generales.

Objeto material del delito

En cuanto al objeto material del delito, la norma del artículo 6° se refiere a las sustancias señaladas en el artículo 1° de la Ley N°20.000, esto es, aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, independiente de si éstas provocan o no graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, o como comúnmente les llamamos, drogas blandas o duras. Dichas drogas, como sabemos, están expresamente señaladas en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°867-07.

segundo trámite constitucional, que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

12 2.10. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 351, Sesión 21. Fecha 17 de agosto, 2004. Discusión particular.

Para los autores Politoff, Matus y Ramírez¹³, no todas las sustancias a que se refiere el artículo 1° de la Ley N°20.000 son de prescripción médica, como sería el caso de la marihuana, la que no tiene uso médico aceptado en Chile y no se encuentra en los establecimientos farmacéuticos, por lo que del total de las sustancias descritas en el reglamento, la prescripción abusiva sólo puede recaer en aquella cuya disponibilidad farmacéutica se encuentre acreditada, ya que de no ser así, estaríamos frente a un delito imposible, tanto por la inidoneidad absoluta del medio, como lo es la receta, como por la inexistencia absoluta del objeto material del delito.

Jurisprudencia

Revisando la jurisprudencia relativa a la figura en comento, nos encontramos con tres fallos de interés, el primero dictado por el Juzgado de Garantía de Antofagasta¹⁴, en el que se establecieron como hechos acreditados que el imputado, médico cirujano, durante los años 2002 y 2003 extendió en diversas oportunidades y a distintas personas que concurrían a su consulta como pacientes y a otras que nunca fueron atendidos ni examinados por él, recetas cheques del medicamento controlado por la Ley N°19.366, de nombre comercial Ipnopen (flunitrazepam), substancia sometida al control según reglamento de la mencionada ley, todas sin necesidad médica o terapéutica, configurando con ello el delito previsto en el entonces artículo 8° de la Ley N°19.366 en carácter de reiterado y en grado de consumado.

El Tribunal señaló que: *“...la prueba ofrecida por el Ministerio Público, que da cuenta no sólo que estos medicamentos fueron recetados por el médico aludido mediante la receta cheque correspondiente sino que lo fundamental y que exige el tipo penal en cuestión, sin haber cumplido con el deber de verificar y cerciorarse que en todos los casos existía una necesidad médica o terapéutica que justificaba el tratamiento adoptado, limitándose sólo a requerir un carné de personas a las cuales nunca examinó para prescribirlo. Así queda de manifiesto en las declaraciones de los testigos señalados en el considerando quinto, incluso de un testigo de la propia defensa, y de su secretaria, los que ponen en evidencia este procedimiento irregular en la expedición del fármaco Ipnopen”*.

Señaló también el Tribunal que era indiferente el hecho que el universo de pacientes que comprendía la acusación fuera muy reducido en comparación con aquel que efectivamente fue atendido por el médico en cuestión, por cuanto bastaba para la configuración del tipo penal que se haya recetado un medicamento de los sometidos al control de la Ley de Drogas, sin necesidad médica

13 Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, agosto de 2008, Editorial Jurídica de Chile, C. Prescripción abusiva de sustancias estupefacientes (art.6), p. 632.

14 Juzgado de Garantía de Antofagasta, 07/03/07, RUC: 0300195949-1, RIT: 7222/03, considerando 8°.

o terapéutica para que se configure el hecho típico, por cuanto el objetivo de la norma es sancionar la difusión incontrolada de este tipo de sustancias, que escapen al consumo personal del paciente para el cual han sido prescritas, tal como ocurrió en el caso, en el que consta que los medicamentos fueron consumidos por quienes no figuraban en las respectivas recetas, llegando incluso a ser objeto de comercio.

Finaliza su fundamento expresando que lo reprochable penalmente es: *“...que el facultativo, valiéndose de la autorización que le concede la ley, para prescribir este tipo de medicamento sometido a control, ponga a disposición de consumidores finales estas sustancias prohibidas de manera indiscriminada y sin necesidad médica que justifique tal proceder”*.

En este caso además, y haciéndose cargo de la eximente de responsabilidad penal alegada por la defensa, en el sentido que el acusado habría obrado en legítimo ejercicio de su profesión de médico, el tribunal la rechazó, argumentando que *“...si bien, en principio toda actividad médica que se desarrolla de acuerdo a la lex artis, es atípica, en el caso que nos ocupa, el tipo penal se pone en situación de analizar la conducta de quien, contando con los conocimientos que le da su ciencia o arte, prescribe un medicamento sometido a control en su prescripción, sin verificar la necesidad médica o terapéutica del paciente que lo requiere. En la especie, lo que se le reprocha penalmente al acusado, es que en su condición de médico no se haya cerciorado en la forma debida de la situación particular de cada uno de sus pacientes antes de recetar el fármaco aludido, limitándose sencillamente a extender una receta incluso en ausencia del paciente y a terceros que sólo proporcionaban una cédula de identidad y domicilio con este objeto, traspasando el límite de un ejercicio de la profesión ajustado a las reglas que la rigen”*.

Un segundo fallo, dictado por el Juzgado de Garantía de Valdivia¹⁵, tuvo como hechos acreditados que entre los meses de enero a julio de 2005 tres médicos residentes de la ciudad de Santiago extendieron a lo menos 34 recetas cheques con la prescripción del medicamento psicotrópico de nombre genérico “ipnopen”, cuyo principio activo es el “flunitrazepan”. Dichas recetas fueron extendidas a nombre de distintas personas, cuyas cédulas de identidad habían sido extraviadas, hurtadas y/o robadas, y por lo tanto, no existía la correspondiente examinación de éstos, quienes por lo tanto no tenían necesidad médica, ni terapéutica, ni tampoco la calidad de pacientes.

Se acreditó además que las correspondientes recetas eran entregadas a cambio de una suma de dinero a una red conformada por tres sujetos, quienes financiaban la adquisición de las mismas y que posteriormente se trasladaban a la ciudad de Valdivia, donde a su vez hacían entrega de éstas a una tercera persona, encargándose de cambiarlas y adquirir el psicotrópico, en diversas fechas

15 Juzgado de Garantía de Valdivia, 31/08/07, RUC 0500465247-0, RIT 1748-05, considerando 4°, 8°.

y farmacias, para trasladar los medicamentos a la ciudad de Santiago, donde eran comercializados a granel a un alto valor entre diversos adictos.

No obstante, la defensa de uno de los acusados solicitó su absolució, concretamente por falta de dolo de su representado, agregando que éste nunca lucró de la concesión de estas recetas. Sostuvo, también, que el artículo 6° requiere dolo directo, en el sentido de que el médico debe tener la certeza de que el paciente no requiere el medicamento o el tratamiento que se indica y, en el caso, ha sido su representado quien ha sido víctima de un engaño por parte de los co-imputados en esta causa.

El Tribunal rechazó la solicitud de absolució, entre otras cosas porque claramente la hipótesis del artículo 6°, como lo sostuvo la Fiscalía, no exige un dolo directo en el sentido que lo ha pretendido la defensa, sino más bien una conducta objetiva, cual es *“...que el médico recete una sustancia de aquellas señaladas en el artículo 1°, sin necesidad médica ni terapéutica, necesidad que a un profesional de la experiencia y trayectoria médica del acusado, no podía menos que conocer la normativa legal vigente y a lo menos, existe de su parte un dolo eventual, circunstancia que se desprende de la relación de los hechos en el sentido de que al haberse presentado dos personas en su consulta médica, requiriendo recetas de una sustancia legalmente restringida para el uso de terceras personas, que no habían sido siquiera auscultadas por el médico, que ni siquiera habían sido entrevistadas por éste, a quien ni siquiera le constaba la sintomatología que padecían o que supuestamente habrían padecido, según los dichos de la imputada Díaz Pulquillanca, que se había presentado en su consulta”*.

Finalmente, el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia¹⁶, tuvo como hechos acreditados que la acusada Medina Espinosa, habilitada para el ejercicio de la profesión de médico cirujano, emitió, entre enero y junio de 2005, distintas recetas cheques a nombre de diversas personas, prescribiendo el medicamento “Ipnopen”, cuyo compuesto es el flunitrazepan, una sustancia psicotrópica que se encuentra prevista en el artículo 1° inciso 2° de la Ley N°20.000, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de dicha ley, sin haber establecido su necesidad médica o terapéutica, toda vez que lo hizo ante la sola solicitud de dos personas quienes le exhibían una cédula de identidad, habitualmente de terceros que no conocía ni tenían la calidad de pacientes suyos, sin mediar ningún tipo de atención médica, por lo que no estuvo en situación de evaluar si requerían el medicamento que prescribía, el que en todo caso no conocía, según la propia acusada relató en estrados.

Además se pudo establecer que los beneficiados, con la extensión de las recetas, adquirieron en diversas farmacias el medicamento con la finalidad de trasladarlo a la ciudad de Santiago, donde lo comercializaron y transfirieron a terceros.

16 Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, 26/12/07, RUC 0500465247-0, RIT 69-07, considerandos 12°, 13°.

La defensa solicitó la absolución de su defendida argumentando entre otras cosas un “error de tipo”, lo que excluiría el dolo, siendo rechazado por los sentenciadores por cuanto no pudo apreciarse que la acusada estimara que existía necesidad médica o terapéutica de prescribir el medicamento psicotrópico a personas a las cuales no estuvo en situación de evaluar médicamente y determinar su requerimiento del fármaco, toda vez que las recetas las emitía a solicitud de otras personas respecto de terceros a quienes ni siquiera conocía o que sólo ubicaba, pero que durante la investigación negaron haber sido sus pacientes, y a cuyo nombre aparecían extendidas algunas recetas cheques.

Además se hizo presente por parte del Tribunal que para poder recetar un determinado fármaco, era necesario efectuar, por parte del facultativo, exámenes físicos que permitieran pronosticar el problema, por lo que no bastaba con lo esgrimido por la acusada en cuanto a que emitía las recetas en virtud de los síntomas que terceros le indicaban.

Para concluir de la manera señalada en el párrafo anterior, el Tribunal tuvo presente el artículo 113 del Código Sanitario, al establecer el ejercicio ilegal de la profesión de médico cirujano, el que señala que es: “...*todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes o consultantes...*”, “...*concepto del cual se puede inferir que la ciencia médica requiere de un diagnóstico, pronóstico y tratamiento de una persona ante el facultativo, ya que es necesario un análisis interpretativo de quien requiere la atención médica, sin que sea suficiente el relato de una persona ajena, sobre probables síntomas para la prescripción de un medicamento, pues en dicho caso no se encuentra bajo atención médica de ningún tipo, ya que a su respecto no existe un diagnóstico ni pronóstico*”.

Finalmente se señala que la falta de necesidad médica o terapéutica en la prescripción del medicamento “Ipnopen” quedó aun más demostrado por la propia declaración de la imputada, quien señaló que no conocía el medicamento y que sólo lo recetaba porque así se lo pedían, por lo que mal pudo determinar que las personas a quienes lo prescribió requerían del mismo.

Analizada la figura de prescripción abusiva del artículo 6°, resta señalar que el Reglamento de Estupefacientes, y el Reglamento de Productos Sicotrópicos, sólo autorizan a los médicos cirujanos a recetar los estupefacientes o sicotrópicos de la lista que en él aparecen mediante la correspondiente receta retenida o receta cheque¹⁷, definida ésta última en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, anteriormente analizada, RUC 0500465247-0, como “*formularios que se utilizan para la prescripción de los medicamentos incluidos en la lista III del DS 405, entre los que se encuentra..., las que se confeccionan por la Casa de Moneda y se entregan a los facultativos médicos personalmente, previa solicitud,*

17 Decreto 404 del Ministerio de Salud, Decreto 405 del Ministerio de salud, ambos del 2 de noviembre de 1983.

para lo cual deben presentar su certificado de título, y si son médicos extranjeros, además, deben adjuntar su título revalidado”.

3.- Suministro de droga en contravención a las normas legales o reglamentarias

El artículo 7° de la Ley N°20.000 establece que: *“El que encontrándose autorizado para suministrar a cualquier título las sustancias o drogas a que se refiere el artículo 1°, o las materias que sirvan para obtenerlas, lo hiciere en contravención de las disposiciones legales o reglamentarias que lo regulan, será sancionado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Atendidas las circunstancias del delito, podrá imponerse, además, la medida de clausura temporal del establecimiento por un plazo no inferior a sesenta días ni superior a ciento veinte días, aun cuando el autor del hecho sea empleado o dependiente de cualquier modo en dicho establecimiento. En caso de reiteración, podrá imponerse la clausura definitiva y la prohibición perpetua para el autor de tales ilícitos de participar en otro establecimiento de igual naturaleza”.*

Sujeto activo

El Sujeto activo es cualquier persona que, autorizado a suministrar las sustancias a que se refiere el artículo 1° de la Ley N°20.000, realiza la acción.

En ese sentido, si el sujeto no está “autorizado” y realiza la acción, no sería sujeto activo del delito de suministro de drogas, sin perjuicio que, como se trata de sustancias establecidas en el artículo 1° de la Ley N°20.000, su acción configuraría el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° o 4° del mencionado cuerpo legal, dependiendo si lo incautado es considerado como pequeña cantidad o no, cuestión que no se discute en el caso de configurarse la figura del suministro abusivo de sustancias estupefacientes, toda vez que, sea cual sea la cantidad, la penalidad para el sujeto activo será la establecida en el artículo 7°, que es la misma a la establecida para el tráfico del artículo 3°.

A su vez, el hecho de no ser sujeto activo de la figura de suministro de drogas y sí serlo del delito de tráfico ilícito del artículo 3°, trae como consecuencia que, tratándose de drogas que no provocan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el sujeto podría acceder a la rebaja facultativa del artículo 1°, rebaja no contemplada en la figura del artículo 7°.

Así lo entienden Politoff, Matus y Ramírez¹⁸, quienes al pronunciarse respecto de este tipo penal, manifiestan que la diferencia está dada por la rebaja facultativa del artículo 1°, –no permitida en el caso del suministro abusivo–, y las

18 Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, agosto de 2008, Editorial Jurídica de Chile, B. Suministro abusivo de sustancias estupefacientes (art. 7), p. 628.

penas adicionales, que, como veremos, están dadas por la clausura y prohibición de participar en establecimientos similares.

Conducta típica

La conducta típica está dada por la expresión “suministrar”¹⁹ las sustancias a que se refiere el artículo 1° de la Ley de Drogas o las “materias primas”²⁰ que sirvan para obtenerlas, la que puede ser a cualquier título, en contravención de las disposiciones legales o reglamentarias.

Para el Profesor Hernández, parece difícil discernir la clase de infracción reglamentaria que llevaría a considerar como delito el suministro contrario al reglamento versus una simple falta administrativa. En razón de lo anterior, se señala que “...*las únicas infracciones reglamentarias relativas al suministro de estupefacientes que justificarían una sanción penal serán aquellas que importen poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas, sustrayéndolas del régimen de control a que se encuentran sometida. Ello reduce el ámbito de aplicación de esta figura a la conducta consistente en proveer sustancias para cuyo suministro se encuentra autorizado a terceros que no justifiquen en la forma reglamentaria la necesidad terapéutica de ellas*”²¹.

Objeto material del delito

La norma del artículo 6° se refiere a las sustancias señaladas en el artículo 1° de la Ley N°20.000, esto es, aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, independiente de si éstas provocan o no graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, o como comúnmente les llamamos, drogas blandas o duras. Dichas drogas, como sabemos, están expresamente señaladas en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°867-07.

Penalidad

Como adelantáramos, la penalidad es la misma a la establecida para el tráfico del artículo 3°, esto es, presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

19 Proveer a alguien de algo que necesita (RAE).

20 Toda sustancia activa o inactiva que interviene directamente en la fabricación de un producto, sea que ella quede inalterada o sea modificada o eliminada en el curso del proceso de producción. (art. 4° letra i) del Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos. Decreto N°1876 de 1995).

21 Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, agosto de 2008, Editorial Jurídica de Chile, B. Suministro abusivo de sustancias estupefacientes (art. 7), pp. 629-630.

La diferencia está dada por la sanción accesoria de clausura temporal o definitiva del establecimiento y prohibición perpetua de participar en otro establecimiento de igual naturaleza.

Antes de la sustitución de la Ley N°19.366, el texto disponía como sanción accesoria la clausura definitiva de la “*entidad*” en caso de reiteración de la conducta, expresión cuyo alcance fue discutido en el seno de la discusión parlamentaria, específicamente en el Informe de la Comisión Especial de Drogas²², toda vez que no quedaba claro si se incluía en ella al establecimiento en que se cometió la infracción o podría llegar a alcanzar a otros de los mismos dueños.

Se aclaró que el uso de dicha palabra no tenía ninguna connotación especial y sólo se usaba para hacer referencia al establecimiento, pero no obstante ello, y a fin de evitar interpretaciones erróneas, se presentó la indicación correspondiente para su supresión.

En el marco del segundo Trámite Constitucional²³, el ejecutivo presentó una indicación para que la pena de clausura temporal del establecimiento también procediera cuando el dueño o encargado haya podido al menos prever razonablemente la comisión del delito.

Ante ello, La Comisión tuvo presente que la disposición sancionaba el denominado “*tráfico farmacéutico*”, es decir, aquel que se realiza en hospitales, farmacias y en general en los recintos donde se dispensan legítimamente sustancias estupefacientes o sicotrópicas, razón por la cual estuvo en desacuerdo con lo propuesto considerando que a través de ese mecanismo se podrían eludir responsabilidades, en el sentido de atribuir la acción a un empleado e invocar desconocimiento de ella, por lo que era preferible la aplicación de las reglas generales y la precisión que se hace en la norma de que la clausura es facultativa, toda vez que podría imponerse “*atendidas las circunstancias del delito*”.

Jurisprudencia

La Corte de Apelaciones de Santiago²⁴, conociendo de un recurso de apelación, confirmó la sentencia dictada por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, con un voto en contra que dijo relación con la clausura del local comercial.

22 1.4. Informe Comisión Especial sobre Drogas, Cámara de Diputados. Fecha 17 de enero, 2001. Cuenta en Sesión 48, Legislatura 343. Boletín N°2439-20. Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre el proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

23 2.2. Primer Informe Comisión de Constitución. Senado. Fecha 2 de diciembre, 2003. Cuenta en Sesión 14, Legislatura 350. Boletín N°2439-20, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

24 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 06/02/08, ROL 134-08, RIT 3730-06.

En lo pertinente el fallo señaló lo siguiente:

“El Tribunal, por mayoría de votos confirma la sentencia apelada...”

“Ello, con el voto en contra del Ministro señor Cerda, porque entiende que la clausura del local comercial, en este caso la farmacia, es un efecto anexo a la condena; en segundo término...; y siendo éste un efecto anexo establecido en la ley como muchos otros casos, es perfectamente razonable del punto de vista procesal imponer esa clausura, sin que por ello se infrinja al razonar al procedimiento; y Tercero, porque si bien existe ese artículo 31 del Código Penal y también lo es, esto de que se afecta a un tercero, parece que el ordenamiento jurídico no vio dificultad en aquello cuando se trata en algunos delitos de peligro como lo es el tráfico de estupefacientes; y cuando, como en la especie se trata de actuar al interior de un recinto comercial que opera con patente y el caso de una farmacia, no ha visto óbice en que se lo clausure, aunque sea de un tercero, de lo contrario, no tendría mucho sentido, o algún sentido, sería letra muerta aquella parte final de la segunda oración del artículo 7, cuando expresamente alude que aún cuando el autor del hecho sea empleado o dependiente de cualquier modo en dicho establecimiento, cuyo sería el caso”.

“Por lo tanto, el Ministro señor Cerda, está por revocar la sentencia en la parte en que no accede a la solicitud del Ministerio Público de clausurar la farmacia y está por hacerlo por el término que solicite el Ministerio Público, es decir, hasta por sesenta días”.

CRITERIOS O ELEMENTOS NECESARIOS PARA CONFIGURAR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL TRÁFICO DE DROGAS DEL ARTÍCULO 16° DE LA LEY N° 20.000

Jorge Muñoz Bravo¹

La decisión del legislador de no definir los criterios o elementos necesarios para tener por configurado el delito de asociación ilícita para delinquir, tanto en el Código Penal como en la Ley de Drogas y otras leyes especiales, obliga a la jurisprudencia a “llenar de contenido el tipo penal en cuestión” precisando dichos criterios, como señala la Excelentísima Corte Suprema en un fallo reciente.

Sin embargo, la complejidad del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas no sólo se refiere a dicho aspecto, pues como veremos en el desarrollo del presente artículo, los criterios o elementos para tener por configurado tal delito, son en extremo dinámicos y absolutamente permeables al contexto histórico que rodea la actividad de la asociación ilícita, por lo que su revisión periódica es un ejercicio obligado para todas las instituciones vinculadas a su persecución.

El presente artículo busca actualizar la definición de tales elementos o requisitos y revisar de manera crítica su composición a través del tiempo, concentrando el análisis en tres áreas específicas: la historia de la ley, desde el Código Penal hasta la Ley de Drogas N° 20.000; la jurisprudencia del último quinquenio; y el desarrollo histórico de este fenómeno criminal en nuestro país, desde sus inicios hasta nuestros días.

I. Histórica fidedigna del establecimiento de la Ley

A continuación examinaremos el proceso histórico que siguió esta figura en la ley, primero en el Código Penal, y luego en la Ley de Drogas.

Durante la discusión del Código Penal, en la Sesión 62° del 16 de octubre de 1871, fue aprobado el siguiente artículo:

“Art. 284°. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse la partida”².

1 Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Manuel de Ricoba y Ricoba, “Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno”, Editorial Edeval, Valparaíso, 1974, p. 369.

Conforme lo señala Don Mario Verdugo³, la norma se basa en el artículo 322° del Código Penal Belga:

“Art. 322°: Toda asociación formada con el objeto de atentar contra las personas o las propiedades es un crimen o un delito, que existe por el solo hecho de la organización de la partida”.

Al respecto, y en el marco de establecer los criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita, el citado autor indica que en la Sesión 157^a, *“pidió el señor Gandarillas que se suprimiera la palabra “partida” con que termina el artículo 292°, que decía: “Por el solo hecho de organizarse la partida”, porque la finalidad de la disposición es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas en el Libro I. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales, para que tenga aplicación este artículo; es necesario, además, que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias. La Comisión aceptó estas consideraciones, acordando suprimir la palabra en cuestión”*⁴.

De esta forma, la discusión legislativa del proyecto de Código Penal nos entrega los primeros indicios sobre los criterios o elementos que el legislador consideró como necesarios para tener por configurada la asociación ilícita del artículo 292° de este cuerpo legal:

1. cuerpo organizado de delincuentes,
2. jefes (centro de poder),
3. relativa estabilidad en el tiempo, y
4. finalidad de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, las personas o las propiedades.

Por su parte, de la discusión legislativa de la Ley N°20.000, podemos observar que el proyecto del Ejecutivo en su artículo 22°, inciso 2°, incluía la definición de “organización delictual”:

“Se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga”.

3 Mario Verdugo Marinkovic, *“Código Penal. Concordancias. Antecedentes históricos. Doctrina. Jurisprudencia”*, Tomo II, Editorial Jurídica, 2ª edición, 1986, Santiago, p. 683 y ss.

4 Ibid, nota 3, p. 638 y ss.

El concepto citado debe complementarse con el inciso 1° del mismo artículo y que indica: *“Los que formen parte de una organización delictual destinada a cometer delitos contemplados en esta ley(...).”*

Podemos apreciar que en relación a los criterios o elementos ya referidos, el proyecto establecía:

1. existencia de un grupo jerárquico y disciplinado,
2. permanencia en el tiempo,
3. propósito común de cometer una cantidad indeterminada de delitos comprendidos en la Ley de Drogas, y
4. fin de repartirse las utilidades o beneficios provenientes de los mismos.

Como podemos ver, existen fuertes similitudes entre ambas, diferenciándose la figura consagrada en el Código Penal, fundamentalmente, en su finalidad, esto es, atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades.

En el caso de la figura propuesta por el Ejecutivo para la nueva Ley de Drogas (N°20.000), la finalidad era el lucro de los integrantes de la asociación.

Dos indicaciones en la discusión del proyecto en la Comisión Especial de Drogas de la Cámara Baja⁵, eliminaron la referida definición, quedando el artículo prácticamente con la redacción que hoy conocemos, y que remite, en definitiva, la definición de los requisitos o elementos necesarios para su configuración al desarrollo que la doctrina o la jurisprudencia hagan al respecto.

Es importante destacar que la figura no ha sufrido modificaciones de fondo desde su primera inclusión en el artículo 8° de la Ley N°17.934 de 16 de mayo de 1973, que señalaba:

“Artículo 8°.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de elaborar o traficar con sustancias estupefacientes en contravención a las prohibiciones o restricciones

5 “Se formularon las siguientes indicaciones: a) De la Diputadas señorita Sciaraffia y la señora Soto, para reemplazarlo por el siguiente: “Artículo 22.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley, serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen: 1°. Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se proponen. 2°. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización”. b) Del Diputado señor Orpis, para agregar el siguiente inciso final: “Para los efectos de la aplicación de la pena, se estará a lo dispuesto en el artículo 74° del Código Penal” (Texto Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas. Primer trámite constitucional. 12-03-2001).

legales o reglamentarias, serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:

1º Con presidio mayor en su grado medio, si se tratare de individuos que hubieren ejercido mando en la organización o hubiesen aportado el capital para la elaboración o tráfico.

2º Con presidio mayor en su grado mínimo si se tratare de cualquier otro individuo que hubiese tomado parte en la asociación o que voluntariamente y a sabiendas hubiere suministrado a alguno de sus miembros, vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión para la comisión de estos delitos”.

El legislador tomó una opción muy acertada, a nuestro juicio, al consagrar en la Ley de Drogas N°17.934 una forma de asociación para delinquir, cuya finalidad era la elaboración o tráfico de drogas, excluyendo de la misma, la puesta en peligro del bien jurídico orden público.

En este sentido, nuestro legislador siguió el camino que ha tomado la mayor parte de la legislación comparada.

Citamos, en este sentido, a Isabel Sánchez García de Paz: *“la mayoría de los ordenamientos ofrecen una regulación claramente diferenciada de la asociación ilícita orientada por fines políticos o, más precisamente, dirigida a la comisión de delitos contra el Estado, y la asociación criminal o para delinquir, característica de la delincuencia común”*⁶.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, esto es los criterios o elementos necesarios para tener por configurado el delito de asociación ilícita, el tratamiento diferenciado de aquellas asociaciones cuyo fin es atentar contra el orden público, de las que tienen por finalidad cometer delitos para el lucro de sus integrantes, resulta del todo entendible si consideramos que dichos criterios o elementos reflejan los rasgos de la organización.

Una organización cuyo fin es atentar contra el orden público, deberá poner énfasis en la jerarquía, la compartimentación, la disciplina, la clandestinidad, el compromiso moral del individuo materializado en lealtad y obediencia estricta, proyección en el tiempo, etc., puesto que deberá enfrentar al aparato de persecución del Estado en toda su capacidad⁷.

6 Isabel Sánchez García de Paz, “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, Derecho penal contemporáneo, Revista internacional, Abril – Junio 2008, Legis Editores S.A., Bogotá, Colombia, pp. 118 y ss.

7 Como ejemplo de este tipo de organización, resulta interesante examinar la obra “París después de la liberación”, de Anthony Beevor & Artemis Cooper, el que describe en su Primera Parte, las estrictas normas organizacionales que la Resistencia Francesa debió

Muy distinto es el caso una organización cuyas actividades ilícitas tienen por objetivo el lucro, que pondrá más énfasis en la flexibilidad, el ahorro de costos, la confianza y el sigilo, en que para el Estado será un objetivo más dentro de los innumerables blancos que componen la actividad de persecución del delito, sin el sentido de urgencia o sobrevivencia que le impone la primera.

Al respecto podemos realizar el siguiente paralelo:

Asociación ilícita para atentar contra el orden público		Asociación ilícita para el tráfico de drogas	
Elemento		Elemento	
Estructura jerarquizada y compartimentada	Se organiza en torno a una estricta jerarquía, donde cada nivel posee una capacidad de decisión muy definida y se comunican entre sí a través de un enlace predefinido.	Centro de poder y restricción de la información	Posee un núcleo que toma las decisiones, coordina, asigna tareas y se reserva la información de mayor relevancia.
Asignación de un rol en la orgánica	El sujeto es asignado para cumplir una función en la organización, donde será entrenado tendiendo a su especialización.	Asignación de funciones	El sujeto que no es parte del centro de poder, cumple una función que puede variar en el tiempo, la que también puede ser entregada a terceros.
Proyección en el tiempo	Siendo la finalidad atentar contra el orden público, la supervivencia de la organización y su proyección en el tiempo es clave para el logro de este fin, ya que su finalidad es de largo aliento.	Relativa permanencia en el tiempo	La duración de la organización estará supeditada a la voluntad de quienes componen el centro de poder y a su capacidad evitar la persecución penal.
Alto compromiso moral	El compromiso de los integrantes estará basado en la adscripción a los principios y objetivos de la organización.	Comisión de delitos con el fin de lucrar	El compromiso de sus integrantes estará basado en la posibilidad de lucrar a una mayor escala integrando la organización, que fuera de ella.

Podemos concluir, entonces, que tanto desde el punto de vista de la *legislación comparada*, que hace un tratamiento diferenciado de ambos tipos de organiza-

implementar para derrotar a la ocupación alemana durante la Segunda Guerra Mundial. Editado por Booket, Barcelona, 2006, pp. 16 y ss.

ciones, como de *la historia de la ley*, que excluye de su tratamiento en el artículo 16° de la Ley de Drogas el fin de atentar contra el orden público, *como de la naturaleza de ambos tipos de asociaciones ilícitas*, cuyos disímiles fines las obligan a adoptar formas organizativas muy distintas, que resulta improcedente darles un tratamiento común. Ello redundaría en fuertes inconsistencias a la hora de definir los criterios o elementos necesarios para su configuración, con las consiguientes dificultades probatorias, especialmente en relación a la asociación ilícita para el narcotráfico, donde se exigiría un estándar que no se condice con su naturaleza, la cual está orientada a cometer delitos de la Ley de Drogas con la finalidad del lucro, muy lejos de pretender desafiar el orden público.

Por lo tanto, si atendemos exclusivamente a la historia de la ley y a la disímil naturaleza de aquellas asociaciones que tienen por finalidad atentar contra el orden público, de aquellas cuyo fin es cometer delitos de la Ley de Drogas para el lucro de sus integrantes, podemos concluir, inicialmente, que los criterios o elementos necesarios para tener por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas son⁸:

1. Centro de poder y restricción de la información
2. Asignación de funciones
3. Relativa permanencia en el tiempo
4. Comisión de delitos con el fin de lucrar

II. La jurisprudencia

A continuación examinaremos la evolución de la jurisprudencia en torno a los criterios o elementos necesarios para la configuración del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la Ley de Drogas, lo cual da cuenta de la flexibilidad y adaptación de este tipo de criminalidad a través del tiempo.

La sentencia RUC 0500322293-6 del 6° TOP de Santiago, de fecha 3 de mayo de 2007 (Caso “Los Cara de Pelota”), en su considerando decimoquinto señaló al respecto lo siguiente:

“Que, si bien nuestro Código Penal no define en forma específica lo que debe entenderse como el género “asociación ilícita”, ni tampoco lo hace la ley 20.000, que es la que sanciona esta figura en relación al tráfico ilícito de droga, limitándose a señalar en su artículo 16° en sus números 1° y 2°, las penas en que incurrirán las personas que incurran en las conductas que en la misma disposición se indican”.

8 Desde ya hacemos presente la mutabilidad de estos elementos o criterios.

“De las disposiciones de los artículos 292° y 293° del Código citado, artículo 16° de la Ley 20.000, de la doctrina y la jurisprudencia, podemos obtener los elementos que se requieren para estimar como configurado el referido tipo penal”.

“Estos elementos estructurales del tipo son:

- 1. Pluralidad de personas. Dos o más personas concertadas*
- 2. Un centro de poder*
- 3. Distintos niveles jerárquicos*
- 4. Los miembros tienen diversas tareas o misiones compartimentadas*
- 5. Sometimiento a una férrea disciplina*
- 6. Intercambio de sus miembros*
- 7. Aplicación de tecnología e implementación logística*
- 8. Apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina*
- 9. Una o varias finalidades*
- 10. Relativa independencia de los miembros”.*

“Cabe agregar que conforme lo establece el artículo 292° del Código Penal toda asociación ilícita que se conforma, importa un delito con el sólo hecho de organizarse, lo que guarda armonía con lo previsto en el artículo 18° de la Ley N°20.000 que establece que los delitos que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”.

A nuestro juicio, la enumeración de los elementos o criterios realizada por el tribunal confunde aquellos propios de una asociación que posee una finalidad de atentar contra el orden público, y los característicos de las asociaciones para el tráfico de drogas. Lo vemos fundamentalmente en la mención a criterios tales como la existencia de “niveles jerárquicos”, “compartimentación”, “disciplina férrea” y “clandestinidad”.

No pensamos que dichos elementos sean propios de una asociación ilícita para el narcotráfico, al menos en la mayoría de los casos de estas organizaciones. Para comprender dicha afirmación es necesario entender que una organización delictual orientada al lucro, adoptará formas muy funcionales a su fin, ¿por qué entonces habría de ser necesaria una disciplina férrea, si basta con la obediencia al centro de poder?, ¿es compartimentación la restricción de información por parte del centro de poder al resto de los integrantes? Creemos que no.

El 3° TOP de Santiago, en sentencia RUC 0600765400-4, dictada el 20 de octubre de 2008 (Caso Ciulla), estimó en su considerando octavo:

“(...) permiten a este Tribunal adquirir la convicción que efectivamente operó una organización de tipo informal, en la que había una jerarquización de sus integrantes, con un centro de poder identificable, que cumplían diversas tareas compartimentadas, que se regían por una disciplina con principios claros, profesionalizada, conformada con el fin de dedicarse a actividades ilícitas y obtener de esta manera un lucro, configurando con ello la conducta típica descrita por el legislador”.

Agrega en su considerando noveno:

“La asociación ilícita por naturaleza implica la realización de una serie de conductas a lo largo del tiempo, las que se van ligando en miras a un objetivo común como es en este caso la comercialización de droga”.

El fallo citado nos parece un avance respecto del anterior, ya que hace mención a un “centro de poder” (omitiendo la existencia de distintos niveles jerárquicos), a la existencia de una “disciplina” (sin el apelativo de “férrea”, utilizado precedentemente), y destaca que su “finalidad” es la comercialización de droga, y no desafiar el orden público.

Creemos que la alusión a una jerarquía sería procedente si ella responde a la idea de la existencia de un centro de poder que se reserva la toma de decisiones y el resto que las acata, como lo haría una unidad económica de carácter productivo cualquiera, modelo que creemos sigue la mayoría de las organizaciones criminales criollas ligadas al tráfico de drogas, pero no como una “pirámide que posee una rígida cadena de mando”, puesto que ello, junto a la “compartimentación”, nos parece completamente ajeno a este tipo de asociaciones ilícitas.

Al respecto, durante el año 2009, la jurisprudencia de nuestros tribunales pareció registrar un cambio en torno a los criterios o elementos necesarios en comento, tendencia que pareciera inclinarse por un concepto de asociación ilícita para el tráfico de drogas más cercano a nuestra realidad, alejándose de la imagen de organización “mafiosa”, que aparentemente primó en sus inicios.

Así lo podemos apreciar en el siguiente fallo, del 3° TOP de Santiago, RUC 0700 61 6004-7, de 17-02-2009:

“DECIMO TERCERO: En la especie, los hechos acreditados, encuadran en el tipo penal antes descrito, por cuanto un grupo de personas, bajo la dirección de uno de ellos, actuando organizadamente –con un horario determinado, siguiendo pautas de acción, recibiendo “remuneraciones”, y mediante el uso de elementos tecnológicos– actuaban para vender clorhidrato de cocaína en la población Rosita Renard. A este respecto, el concepto de “asociación u organización” que emplea el tipo penal, además de entenderse en su sentido natural y obvio –esto es– “unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo” o “asociación de personas

regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines”, debe en este caso en particular reunir otros requisitos establecidos doctrinaria y jurisprudencialmente”.

“Estos requisitos consisten principalmente en que la pluralidad de personas deben estar regidas por un centro de poder, organizadas jerárquicamente, distribuyéndose las funciones que tienden a un fin ilícito, y con un carácter más o menos permanente en el tiempo”.

Si consideramos que la existencia de un centro de poder y una distribución de funciones impone necesariamente la existencia de una jerarquía, los criterios o elementos necesarios para tener por configurada la figura serían:

1. Centro de poder
2. Distribución de funciones
3. Carácter más o menos permanente
4. Fin de cometer delitos de la ley de Drogas.

Posteriormente, un fallo del TOP de Colina⁹, se pronuncia en el mismo sentido en su considerando undécimo:

“La jurisprudencia nacional antes citada converge en la concurrencia de estos requisitos, en efecto, se ha señalado que para que realmente se configure el delito antes mencionado es indispensable que ésta esté formada por dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos que contempla la ley sobre drogas y estupefacientes”.

Resulta interesante destacar en el fallo citado el reemplazo del concepto “clandestinidad” por “sigilo”, que nos parece mucho más acorde, como hemos dicho, al actuar de este tipo de organizaciones. Citamos al respecto el Diccionario de la Real Academia Española: “clandestino”, es algo secreto, oculto, y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla, en cambio “sigilo” es un silencio cauteloso¹⁰.

Otro fallo, del mismo año, se pronuncia en igual sentido¹¹:

“1: (...) Los requisitos de este tipo penal han de buscarse en torno a lo dispuesto en los artículos 292 del Código Penal y 16 de la ley 20.000. En este sentido, la jurisprudencia”.

9 RUC 0600 578577-2, de 22-04-2009.

10 Diccionario de la Real Academia Española, edición 21ª (2001).

11 TOP de Colina, Región Metropolitana, RUC 0600 578 577-2, de fecha 30-06-2009.

denia nacional ha concordado que se requiere para que exista el injusto de asociación ilícita de una unión de voluntades que se organicen en torno a un fin común, dotados de una estructura interna de tipo jerárquica, dirigida por uno o más jefes, de cierta permanencia y estabilidad en el tiempo, con reglas y órdenes que deben obedecer y hacer cumplir disciplinariamente, todo ello con la debida cautela y que sus miembros cumplan funciones distintas, precisas y determinadas, convergentes hacia el fin común que es consumir tráficos ilícitos de drogas”.

Agrega a continuación en el mismo numeral: *“Con la prueba rendida, se pudo acreditar que desde el año 2006 a octubre de 2007, se formó una organización estructurada de manera jerárquica con una clara distinción entre funciones de orden, mando y dirección y otra de carácter ejecutiva, conformando un conjunto asociado destinado a la realización de tráfico de drogas desde el interior del Centro Penitenciario Colina Dos, hacia destinos que el mando oportunamente determinó”.*

No podemos concluir el presente título sin referirnos a la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, el día 15 de marzo de 2010¹², que sin perjuicio de realizar una serie de consideraciones doctrinarias, hace un reconocimiento expreso a los que en su parecer debieran ser los criterios o elementos necesarios para configurar el delito en comento, a la luz del desarrollo de la jurisprudencia.

Pasamos a continuación a reproducir el párrafo en cuestión, inserto en el considerando décimo tercero:

“La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal (...)”.

Nos parece que la Excelentísima Corte Suprema recoge acertadamente el avance o acercamiento que habíamos venido observando en nuestra jurisprudencia, en el sentido de no confundir una organización compleja del tipo mafioso o terrorista, con aquellas destinadas a delinquir, cuya modalidad organizacional es obviamente menos compleja, cosa que se expresa en criterios o elementos menos numerosos y de mayor simplicidad, donde a pesar de ello –como diría don Claudio Pavéz– su carácter de asociación ilícita para el tráfico de drogas es innegable.

Analicemos los elementos mencionados en el fallo:

- 1° Estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones,
- 2° Concertación,
- 3° Distribución de tareas y,
- 4° Una cierta estabilidad temporal.

12 Excelentísima Corte Suprema, Rol N°7712-08, 15 de marzo de 2010.

Entendemos que la existencia de una estructura jerarquizada, relativa a las comunicaciones y las instrucciones, es otra forma de describir aquello que hemos venido planteando como “centro de poder”, que se reserva la toma de decisiones y distribuye instrucciones al resto, por lo tanto, nos parece adecuada la terminología usada por la Excelentísima Corte Suprema, puesto que concreta dicha jerarquía en la posibilidad de dar instrucciones y limitar la comunicación hacia el resto de los integrantes que no forma parte del núcleo decisor.

Quedan lejos las referencias a clandestinidad, disciplina férrea, compartimentación, etc., que veíamos en los primeros fallos desde la vigencia de la Ley N°20.000, tan ajenos, a nuestro juicio, a la naturaleza de este tipo de organizaciones.

La concertación no nos merece mayor comentario, en cuanto es consustancial a la existencia de la asociación, lo mismo la distribución de tareas, que es una de las formas en que se materializa dicha concertación, y cierta estabilidad en el tiempo, que siempre hemos entendido como necesaria.

Se recoge, por lo tanto, en nuestra jurisprudencia con toda claridad el proceso a que nos referíamos en el presente título, y que ha venido acercando la visión de las asociaciones ilícitas para el tráfico a una idea mucho más cercana a nuestra realidad, como veremos en el próximo título.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo de la Excelentísima Corte Suprema agrega –aparentemente– otro elemento a los enumerados:

“1°).– *Que a los fundamentos anotados en la resolución que antecede y que ya se han dado por expresamente reproducidos, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, se impone agregar que por último, tampoco se observa la necesaria lesión al bien jurídico protegido por el artículo 22, N°2°, de la Ley N°19.366, en la medida que se considere, como lo hace un sector de la doctrina, que ese objeto jurídico amparado es el propio poder del Estado, en otras palabras, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella, pues la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”. De todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dalbora: “Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Número 2 (1998), página 158 y 159); aun cuando se estime que es el “orden público” el objeto protegido en la asociación criminal, siendo*

el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del delito, tampoco puede entenderse acreditado el ilícito. “La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Creus: “Derecho Penal”, parte especial, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, página 106); en esta hipótesis, la pretendida organización no alcanzó los ribetes de trascendencia antes reseñados ni menos puso en peligro la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal”.

El punto es de suma importancia, porque se refiere a un aspecto central desarrollado en el presente artículo, cual es, la naturaleza de la asociación ilícita consagrada en el artículo 16° de la Ley N°20.000, por lo cual lo analizaremos en detalle.

La Excelentísima Corte Suprema señala, en este sentido, que para configurarse el delito en comento debe existir *la necesaria lesión al bien jurídico protegido*, cual es el propio poder del Estado, concepto que luego es delimitado de la siguiente manera: *“la mera existencia de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”.*

En primer lugar, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han considerado siempre al delito de asociación ilícita como de peligro abstracto y de mera actividad, por lo que es errado hablar de la “necesidad” de lesión al bien jurídico protegido por la figura.

En segundo lugar, hemos sostenido que en una asociación ilícita de esta naturaleza, no es posible afirmar que tienen por finalidad atentar contra el poder del Estado, puesto que confunde figuras que son esencialmente distintas. No repetiremos los argumentos expuestos, pero sí dejaremos consignado que en este punto el fallo pareciera (sólo en apariencia como veremos a continuación) perder la acertada dirección que poseía cuando enumeraba los criterios o elementos necesarios para su configuración.

Sin embargo, al afirmar el alto tribunal que la sola existencia de éste tipo de organizaciones, es decir, aquellas cuyos elementos son *“la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal”*, pone en peligro la supremacía del Estado, no agrega un nuevo criterio o elemento para la configuración del delito en comento, simplemente afirma que su “sola” existencia pone en peligro la supremacía mencionada, ya que ella deberá ser acreditada en base a los elementos ya mencionados: centro de poder, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo y fin de cometer delitos de la Ley de Drogas, pero en caso alguno entendemos que pone en jaque al Estado, pues de esa manera el delito sería inexistente.

Por otra parte, la Corte refiere la posibilidad de atentar contra el bien jurídico “orden público”, pero vuelve a delimitar su alcance señalando que *“la existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido”*¹³.

Nos remitimos a los argumentos vertidos respecto al bien jurídico poder del Estado.

III. El fenómeno criminal

A continuación intentaremos caracterizar la asociación ilícita para el tráfico de drogas en nuestro país, recorriendo su historia desde sus inicios hasta nuestros días, con el objetivo de analizar cómo la evolución legislativa y jurisprudencial orientada a su persecución ha sido también un reflejo de la dinámica seguida por estas organizaciones criminales.

De acuerdo a los antecedentes que el historiador Manuel Salazar expone en su obra *“Traficantes & Lavadores”*¹⁴, es posible distinguir a lo menos tres etapas¹⁵ en la historia del narcotráfico en Chile:

La primera, *“medio siglo atrás, al promediar los años 40, (cuando)”*¹⁶ *unos pocos aventureros audaces, engominados y de modales correctos, compartían el mercado del contrabando de sedas, la trata de blancas, el comercio de drogas y la reducción de especies robadas. Unos peldaños más abajo en la rígida aristocracia del crimen estaban los cartilleros de apuestas clandestinas, los ladrones de joyas y los asaltantes. Muy pocos eran ricos de verdad y casi todos –como escribía entonces El Reporter X en la recién creada revista Ercilla– llevaban la persecución policial aferrada como un perro a sus talones”*.

Continúa el autor: *“El tráfico y el consumo de drogas estaba circunscrito al ámbito del traspase y a los afanes de prolongar las juergas con cierto decoro en prostíbulos o night club. Sus proveedores eran algunos farmacéuticos y ciertos personajes de la colonia china residente que habían perfeccionado las técnicas de refinación”*.

El autor describe una segunda etapa, en el *“momento en que empezaron a surgir los primeros indicios de una mafia organizada para ampliar el mercado de la droga”*, época que según Salazar resulta difícil de precisar para sus fuentes, pero

13 El párrafo posee la siguiente cita de autor: Creus: “Derecho Penal”, parte especial, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, p. 106.

14 Manuel Salazar, *“Traficantes & Lavadores”*, Editorial Grijalbo, Santiago. 1996, pp. 9 y ss.

15 El autor no se refiere explícitamente a la existencia de “etapas” en su libro, por lo que dicha alusión es una interpretación de quien suscribe el presente artículo, a partir de la exposición histórica que Salazar realiza.

16 Agregado entre paréntesis por el autor del presente artículo.

que pareciera situarse alrededor de los años 50, en una estrecha relación con los puertos nortinos, especialmente Arica y Valparaíso, donde la condición de puerto “libre” del primero habría sido un fuerte estímulo al surgimiento de este tipo de organizaciones en Chile.

En este sentido agrega, *“varios de los delincuentes que se transformarían en avezados narcotraficantes internacionales se iniciaron como contrabandistas de poca monta, disputándose a punta de escopetazos los licores y las prendas de seda y nylon que se descargaban de los buques mercantes surtos en los puertos. Todavía en los cuarteles policiales del norte se habla del “Cabro Gutiérrez”, del “Negro José”, del “Rubio Herrera”, de “Los Mala Fe” y del “Matadero Tira”, entre tantos otros que dieron forma a las bandas que desde los años 60 empezaron a especializarse en el tráfico de drogas”*¹⁷.

Al parecer esta etapa habría encontrado su fin el año 1973, cuando en los meses posteriores a la intervención militar, fueron extraditados a los Estados Unidos la mayoría de los narcotraficantes más connotados del país. De acuerdo al autor, los que no tuvieron este fin *“optaron por buscar paisajes más tranquilos y abandonaron el país”*.

Señala Salazar que, *“deberían pasar varios años para que el problema reapareciera con una nueva y dramática fuerza, emanada de la irrupción de los carteles colombianos y del explosivo aumento del consumo en Estados Unidos y Europa”*¹⁸.

Luego indica, en relación a la influencia indirecta sobre Chile de los carteles colombianos surgidos a principios de los años 80:

*“Empezaron comprando pasta base en Perú, Bolivia, Chile y Argentina y acabaron creando las mayores mafias de la historia americana. Elevaron en 13 años las reservas de divisas desde USD 35 millones hasta 5.630 millones. Carlos Lehder, Pablo Escobar, los hermanos Rodríguez Orejuela y “Pacho” Herrera sembraron el terror en las calles colombianas. Asesinaron a Lara Bonilla, ministro de Interior, y a Mauro Hoyos, procurador de Colombia”*¹⁹.

*“En Chile el narcotráfico se transformó bruscamente en el último quinquenio en una plaga temible, en un flagelo que empezó a descargarse sobre la tan alardeada bonanza económica que sitúa al país entre las naciones de más rápido crecimiento en el mundo”*²⁰.

La relación entre el contexto de un desarrollo económico acelerado y el renacer de la organización criminal ligada al narcotráfico es, a nuestro juicio, de mucha

17 Ibid, nota 14, pp. 10 y ss.

18 Ver al respecto del mismo autor, *“El debut de los colombianos”*, Serie del crimen organizado, Capítulo IV, Diario La Nación Domingo, 14 de abril de 2007.

19 Ibid.

20 Ibid, nota 14, p. 15.

trascendencia, puesto que el proceso económico que vivirá nuestro país a partir de los años 90, en el contexto mundial de la caída del modelo económico centralmente planificado y la consolidación casi sin contrapeso a nivel mundial del sistema neoliberal, junto a la creciente globalización e internacionalización de nuestra economía, irradió con sus nuevos paradigmas todos los ámbitos de la sociedad chilena.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha sabido plasmar como pocos —a través de sus informes anuales sobre Índices de Desarrollo Humano²¹— los profundos cambios que experimentó nuestra sociedad a partir de la última década del siglo pasado. A continuación citamos un párrafo del informe correspondiente al año 2000:

“Hace tan sólo 35 años la vida de los chilenos estaba marcada por el mundo rural. Muchos carecían de los servicios básicos, pocos tenían televisor y el horizonte solía coincidir con las fronteras del país. Quienes pueden rememorar ese pasado cercano, perciben la celeridad con la cual se esfumó ese mundo. Una profunda reorganización social avanzó sigilosamente. Desde la restructuración del mapa mundial hasta el cambio de las costumbres y pasando por las plazas comerciales, todos los hitos sólidos de la vida cotidiana han parecido disolverse. No sólo se trata de transformaciones dentro de un marco de continuidad. Más que una época de cambios, se vive un verdadero cambio de época”²².

El fenómeno delictual no quedó al margen de este proceso. En este sentido es posible apreciar que la forma que las asociaciones ilícitas para el tráfico de drogas adoptarán en adelante, fue también modelada por los profundos cambios de fin de siglo, pasando a ser solo un reflejo más de los nuevos paradigmas del Chile post moderno.

¿Pero cuáles son los elementos que a nuestro juicio compartirían esta nueva era y la renovada organización criminal ligada al narcotráfico que de acuerdo a Manuel Salazar emerge a partir del último quinquenio?

Sin pretender abarcar todas las situaciones o aspectos, puesto que excedería las posibilidades del presente artículo, a juicio de quien suscribe es posible distinguir a lo menos los siguientes elementos que modelaron la actual asociación ilícita para el tráfico de drogas, y que se relacionan directamente con la época en que ella resurge en nuestro país:

- La “empresa”, como modelo de organización para un grupo de personas cuyo fin es el lucro, e integración de reglas propias del libre mercado al modus operandi de la organización delictual

21 Ver al respecto, “Índice de Desarrollo Humano en Chile 1990 - 1998”, capítulo I, elaborado y publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 5 y ss.

22 “Desarrollo en Chile, más sociedad para gobernar el futuro. Informe año 2000”, elaborado y publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 24.

En este sentido, podemos hacer un paralelo con las dos opciones organizacionales que en su tiempo representaron el Cartel de Medellín y el Cartel de Cali en la Colombia de los años 80, teniendo presente las obvias diferencias entre esa realidad y la chilena. El primero representó una organización muy expandida, que monopolizaba gran parte de los distintos eslabones de la cadena de actos que importa el tráfico de drogas, con un mando central muy nítido que residía en Pablo Escobar²³, versus el sentido “empresarial” del Cartel de Cali, que coordinaba 12 grupos de traficantes independientes, y que representaban una suerte de cooperativa²⁴.

*“Álvaro Guzmán, un sociólogo de la Universidad del Valle de Cali que seguía de cerca las evoluciones del cartel, definía sus diferencias con el cartel de Medellín: Uno es el capitalista salvaje representado por Pablo Escobar, que tiene su propio ejército y se cree dueño del país. El otro, el de Cali, es el gerente moderno, que trata de acomodarse con el poder político y que opera dentro del Estado...”*²⁵.

La organización chilena no escapa a esta influencia neoliberal de la organización criminal, que pareciera ser el camino elegido por la mayoría de las éstas a nivel mundial, como lo señala Peter Andreas: *“En un mercado global dominado por corporaciones transnacionales procedentes del mundo industrializado, las organizaciones criminales o delictivas figuran entre algunas de las transnacionales más exitosas –aunque menos aplaudidas– del mundo en desarrollo. Independientemente de su estatus ilegal, las actividades económicas de las organizaciones transnacionales criminales, son en muchos aspectos la quintaesencia del espíritu empresarial del sector privado que la ortodoxia económica neoliberal celebra y alienta”*²⁶.

Respecto de la integración de reglas propias del mercado, podemos destacar la externalización de ciertas etapas y tareas en la cadena de actos necesarios para poner a disposición de los consumidores finales la droga. Citamos, al respecto, lo expuesto en la prensa por Héctor Barros, Jefe de la Fiscalía Antinarcóticos de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur:

“Por eso, por ejemplo, pagan a terceros para que se encarguen de surtirlos de armas (...). Allí se encargaban, por un pago, de blanquear armas para el grupo, ayuda legal en caso de que esas armas fueran decomisadas, etc. Así, los grupos narcos pagan por un servicio y evitan que uno de ellos directamente vea este tema, añade Barros. Otra fórmula usada por los grupos criminales es pagar a sujetos que a su vez reclutan palos

23 Ver al respecto, Alonso Salazar J., *“La Parábola de Pablo”*, Editorial Planeta, 2001, Bogotá, Colombia.

24 Manuel Salazar, *“La guerra de los carteles”*, Serie del Crimen Organizado, capítulo XV, La Nación Domingo, 8 de agosto de 2007.

25 Ibid.

26 Peter Andreas, artículo *“Crimen transnacional y globalización económica”*, publicado en *“Crimen transnacional organizado y seguridad internacional”*, trabajo compilatorio de Mats Berdal y Mónica Serrano, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 62 y ss.

*blancos, sin prontuario, los que compran armas para los narcos. Otro servicio que han “externalizado” los traficantes es la seguridad. Por eso, explica Barros, pagan a sujetos con experiencia presidiaria, de carácter violento y que manejen armas para rodearse de ellos*²⁷.

- Intensificación de los vínculos con los países proveedores de droga en el marco de una globalización creciente

Al respecto concordamos con el autor ya citado, Peter Andreas, quien señala: *“Con el relajamiento de las restricciones internacionales, la liberalización económica ha reducido sustancialmente el incentivo para el contrabando de mercancías legales y, en este sentido, ha inhibido el crimen transnacional. A la vez, la liberalización ha estimulado y ha dado facilidades involuntariamente a los sectores de la economía global que siguen estando penalizados. La meta de la globalización es incrementar la competitividad, la innovación y la sensibilidad a las señales del mercado; sin embargo, algunas de las señales más fuertes provienen de mercados ilegales. La liberalización también reduce la capacidad del Estado para soportar presiones del mercado externo (e interno, agregaríamos en el caso de Chile)*²⁸. *La enorme demanda del mercado global de algunas mercancías penalizadas no es la excepción*²⁹.

- Repercusiones del fin de la Guerra Fría

La caída de los paradigmas del cambio revolucionario a fines de los años 90, trajo como consecuencia la desintegración de numerosos grupos armados que operaron durante la Guerra Fría, con la consiguiente “cesantía” de aquellos que no poseían ni les fueron entregadas las herramientas económicas y sociales para una adecuada reinserción, carencia que por cierto no sólo afectaba a este tipo de delincuencia, lo que impulsó a un número significativo, pero difícil de estimar, de personas que con entrenamiento militar y armas obtenidas de sus organizaciones, que transfirieron su aprendizaje a algunas bandas delictuales, entre ellas las dedicadas al narcotráfico.

“En general, se trata de ex ayudistas y miembros de base del FPMP y del Lautaro, con muy poca formación política, pero sí con conocimientos operativos. Gente que (...) quedó a su suerte tras el retorno de la democracia”.

“Su caso es como el de los veteranos de Vietnam, que luego del fin de la guerra no sabían hacer otra cosa. Cuando caen detenidos dicen: ‘Estuve clandestino, esto se acabó y quedé tirado’”, explica”.

27 “Narcos “externalizan” la provisión de armas, transporte y seguridad”, El Mercurio, 5 de abril de 2010.

28 Comentario del autor del presente artículo.

29 Peter Andreas, artículo “Crimen transnacional y globalización económica”, publicado en “Crimen transnacional organizado y seguridad internacional”, trabajo compilatorio de Mats Berdal y Mónica Serrano, Fondo de Cultura Económica. México, 2005, p. 66.

“Casos acotados, con nombre y apellido, que sin embargo responden a un guión muy similar cuando se descubren. “Si en los 90 la tendencia de los ex subversivos que delinquirían eran los asaltos armados, en el 2000 ese giro pasó a ser el narcotráfico, lo que se explica por las fuertes ganancias que deja este negocio”, advierte un detective. “Si un ex subversivo lo hace bien en el narcotráfico, los que transpiran son otros, no ellos; ya no son pecho para las balas como en los asaltos”, añade”³⁰.

No señalaremos casos específicos, porque no es nuestro interés estigmatizar, pero muchos de ellos fueron ampliamente cubiertos por la prensa en su momento.

Lo expuesto en los tres puntos anteriores, cobra mucha importancia desde el punto de vista de la identificación de los criterios o elementos que permiten configurar el delito en comento en Chile, puesto que la integración de un modelo de “empresa”, con elementos como la “externalización” y la “flexibilidad” organizacional, la sitúa a nuestro juicio, a una razonable distancia de la concepción “mafiosa” de la organización criminal, que muchas veces pareciera estar presente en quienes deben juzgar si un determinado grupo de delincuentes conformó o no una asociación ilícita para el tráfico de drogas. Ello debería traer como lógica conclusión, que la búsqueda de elementos como “juramentos de lealtad”, “disciplina férrea”, “jerarquías inamovibles”, “compartimentación estricta”, etc., responde más bien a una visión tradicional, ajena a nuestra idiosincrasia y lejana a estos tiempos.

Citamos al respecto al entonces Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, señor Claudio Pavez, quien durante la discusión de la Ley N°20.000, *“advirtió que existe una tendencia en el sentido de confundir la figura de asociación ilícita establecida en la ley N°19.366, y también contemplada en este proyecto, con la de la ley N°18.314, que determina conductas terroristas, a que se refiere el N°5 de su artículo 2° y el inciso final de su artículo 3°, y con la que contempla el artículo 292° del Código Penal, en circunstancias que su establecimiento, objeto y finalidad es distinta. Entonces, para determinar si existe una asociación ilícita se exigen diversas circunstancias, que destruyen la posible determinación de tal actividad en relación a las drogas. Así, se habla como requisitos, para la existencia de dicha asociación, de la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, una división de funciones, permanencia en el tiempo y un objeto determinado, elementos que deben ser probados particularmente. Los que conocen las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico saben muy bien que, en muchas ocasiones, se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean a individuos ocasionales que, después de cumplida la misión particular, son dejados de lado. También es difícil determinar las jerarquías dentro de la referida organización ocasional. Pero ninguna duda cabe de que se está en presencia de una asociación ilícita que, en la práctica, no es sancionada por tal situación, sino por el resultado,*

30 *“La guerra de los narcosoldados”, El Mercurio, 7 de febrero de 2009.*

*cuando se ha incautado drogas. En la generalidad de los casos, tales conductas asociativas no son castigadas*³¹.

Concluyendo respecto de este título, la historia de organización criminal para el tráfico de drogas en nuestro país nos habla de un fenómeno que surge en el contexto específico del proceso de crecimiento económico acelerado que vive el país a partir de los años 90, marcado por la globalización y el modelo de libre mercado, cuyos paradigmas irradiarán todas las actividades de la sociedad chilena, incluyendo la nueva generación de organizaciones criminales para el tráfico de drogas.

Es por ello que excluimos las visiones que buscan similitudes entre las organizaciones mafiosas o paramilitares de otras latitudes, con nuestra organización criminal criolla, muy lejana de aquellas.

Nuestra organización criminal, por todas las razones expuestas, adopta un perfil más cercano a la pequeña o mediana empresa familiar o Pyme³², que poseyendo un núcleo que adopta las decisiones de mayor trascendencia, generalmente vinculado por lazos familiares, asigna todo el resto de las tareas en relación a las necesidades con el máximo de flexibilidad y externalizando todas aquellas que puedan ser ejecutadas por terceros, disminuyendo con ello los costos y el riesgo para la empresa criminal.

Por cierto, en esta materia, como en muchas otras, no existen reglas absolutas.

IV. Conclusiones

Las organizaciones criminales nacen en un contexto histórico específico que determina y modela sus características. Así como la unificación italiana constituyó el marco para el surgimiento de la mafia, organización creada para desafiar este impulso modernizador y mantener las granjerías de los grandes terratenientes³³, o como el resurgimiento de la mafia Rusa tampoco es separable del fin de la Guerra Fría³⁴, nuestra organización criminal para el tráfico de drogas también se desarrolla en el contexto específico del proceso de crecimiento acelerado, neoliberal y globalizado de la década de los 90.

Ello nos lleva a concluir que a la luz de su historia, la asociación ilícita para el tráfico de drogas en nuestro país ha de ser concebida desde un modelo basado en la empresa, que poseerá un núcleo decisor, gran flexibilidad operativa y

31 Segundo trámite constitucional, primer informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 589.

32 Pequeña y mediana empresa, de acuerdo a la actual jerga económica.

33 Salvatore Lupo, *Historia de la mafia, desde sus orígenes hasta nuestros días*, editado por el Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp. 71 y ss.

34 Manuel Salazar, *Conexiones mafiosas. El crimen organizado a las puertas de Chile*. Editorial Mare Nostrum. 2008, pp. 147 y ss.

capacidad de externalizar muchas de sus tareas. Ello no niega la posibilidad que existan excepciones en la materia.

Es así también como nuestro legislador la concibió, alejada de una concepción mafiosa capaz de desafiar el orden público, y como también gradualmente la jurisprudencia ha sabido reconocerlo acertadamente.

Un centro de poder que asigna tareas, que se reserva la toma de decisiones y retiene la información más sensible para el funcionamiento de la organización; un amplio grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas designadas por este núcleo decisor; una relativa estabilidad en el tiempo, y el fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas son los criterios o elementos que ha nuestro juicio permiten tener por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, a la luz de la historia de la ley, el derecho comparado, la jurisprudencia y la realidad de la organización criminal dedicada al narcotráfico en Chile.

EL CONCURSO DE DELITOS: CULTIVO EN RELACIÓN CON TRÁFICO Y MICROTRÁFICO

Carolina Zavidich Diomedi¹

I. Introducción

Algunas de las hipótesis de hecho que sustentan los tipos penales de la Ley N°20.000 pueden colisionar en el momento en que estos últimos van a ser concretamente aplicados; tales son los casos de tráfico, microtráfico y cultivo.

En estas ocasiones, la legislación, y también la doctrina y la jurisprudencia, nos entregan ciertas reglas de solución. Este conjunto de reglas, que permite al sentenciador determinar qué pena aplicar en cada caso en particular, conforman lo que se denomina la teoría del concurso de delitos.

En materia de Ley de Drogas, y específicamente en los casos de colisión antes aludidos, puede observarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia no han sido uniformes. En efecto, mientras la mayor parte de ellas ha sostenido que a los casos de colisión señalados debe aplicarse la regla del concurso aparente de normas penales, una parte minoritaria se ha inclinado por la solución del concurso ideal o medial.

II. Exposición del conflicto

Entendiendo que la teoría de concursos es conocida por nuestros lectores, veremos someramente su aplicación práctica en materia de Ley de Drogas, sin perjuicio de efectuar previamente algunas precisiones en relación con el delito de tráfico de los artículos 3°, 4° y el de cultivo del artículo 8°, todos de la Ley N°20.000.²

1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 El principio que subyace a la teoría del concurso de delitos es el llamado “*non bis in idem*”, en cuanto éste pretende evitar que se valore, y por ende penalice, más de una vez un mismo hecho. Refiriéndonos en particular a cada uno de los concursos de delitos, podemos decir que:

a) Concurso real o material:

Estamos ante un concurso real o material cuando el sujeto activo de la acción típica realiza más de una acción, siendo cada una de tales acciones constitutiva de delitos diferentes, no conectados entre sí, y siempre que no se haya dictado sentencia condenatoria en ninguno de ellos.

Para explicar el concurso real o material, el Profesor Alfredo Etcheverry señala que éste exige la concurrencia de los siguientes elementos (*Derecho Penal, Parte General*, Alfredo

Etcheverry, T II, 3ª edición revisada y actualizada, 1997, Editorial Jurídica de Chile, pp. 115 y ss):

- **Unidad de sujeto activo:** sea el mismo sujeto activo quien haya realizado distintos hechos.
- **Pluralidad de hechos punibles:** debe haber una multiplicidad de hechos y cada uno de ellos debe ser punible en sí mismo.
- **Inexistencia de condena inmediata:** para que pueda aplicarse dicho concurso es necesario que no haya condena o sentencia condenatoria ejecutoriada por ninguno de los delitos cometidos; esto en consideración a que deben acumularse las penas de cada uno de los delitos, conforme lo señala el artículo 74° inciso 2° del Código Penal: “... *El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente...*”.
- **Ausencia de conexión entre los hechos:** se trata de un requisito negativo. No obstante puede haber alguna vinculación entre un delito y otro, pero no debe tratarse de aquella propia de los delitos continuados, en donde el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, “*de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente*” (www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/jurpen13.htm#8. Bacigalupo, Enrique: *Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, pp. 282 a 283).

La acumulación aritmética de las penas de los distintos delitos ha sido la regla general que ha adoptado nuestra legislación en presencia del concurso real o material. Ésta tiene, sin embargo, algunas variables de acuerdo a lo señalado por el artículo 74° inciso 2°, parte final, del Código Penal, que dice: “... *siendo posible...*”, lo que significa que en los casos en que no es factible la aplicación por acumulación aritmética, éstas deben cumplirse sucesivamente, empezando por la pena más grave o más alta en la escala respectiva.

Acorde a este criterio de aplicación de las penas, el Profesor Enrique Cury advierte que “... *los distintos delitos son sancionados como hechos independientes, y el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes. En muchas ocasiones, sobretodo tratándose de penas privativas de libertad, se excederán en esta forma los límites de la culpabilidad... lesionando la base sobre la cual descansa el ordenamiento punitivo en su conjunto*” (*Derecho Penal, Parte General*, Enrique Cury Urzúa, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición, septiembre 2005, p. 660.). Esta posición es la que ha sido adoptada por parte de la jurisprudencia frente a casos de concurso entre el delito de tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4° y el delito de cultivo del artículo 8°, ambos de la Ley N°20.000, al estimar que el delito tráfico de pequeñas cantidades absorbe al cultivo del artículo 8°, configurándose así un concurso aparente de leyes penales, tema que abordaremos más adelante.

Además, en la legislación encontramos el sistema de acumulación jurídica o de asperación para la aplicación de las penas, método entendido como una excepción al tratamiento punitivo del concurso real. Así, el artículo 351° del Código Procesal Penal establece lo siguiente: “*Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. ... Si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos...*”.

En otro orden de ideas, en el artículo 75° inciso 1° segunda parte del Código Penal se contempla el sistema de absorción, al tratar a un delito como el medio necesario para cometer otro.

b) **Concurso ideal o formal:**

Entendemos por concurso ideal o formal aquel en que un solo hecho ejecutado es constitutivo de dos o más delitos, o bien, que uno de los actos desplegados sea el medio necesario para cometer el otro, esto es, son delitos dependientes entre sí. También puede

definirse “... cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces” (Ob. cit., Enrique Cury, p. 663.).

Los requisitos que el profesor Etcheverry ha estimado necesarios para este tipo de concurso son (Ob. cit., Alfredo Etcheverry, pp 119 y ss.):

- **Unidad de hecho:** en un sentido amplio, incluye la totalidad de los presupuestos del delito, acción o resultado.

En cuanto a la dificultad que ha tenido la doctrina para determinar cuando un hecho debe ser considerado como único, Etcheverry aclara que del examen de la ley se concluye que ésta le ha dado a esta clase de concurso un tratamiento generoso en relación con el concurso material, porque sin perjuicio que podríamos calificar un hecho como dos delitos, para que concurra el concurso ideal, es preciso que éstos delitos estén unidos o uno de ellos sea necesario para cometer el otro; esto es, no podríamos concebir la existencia de uno sin el otro.

- **Pluralidad de valoración jurídica:** señala que existe un dilema cuando se le considera como unidad de acción, ya que una sola acción no podría ser sino un solo delito. Sin embargo, cuando hablamos de unidad de hecho, conforme nuestra legislación define al concurso ideal, es fácil aceptar que se trate de diversos delitos, aun cuando la dificultad estaría en que la condena debe referirse a todos ellos.

El concurso ideal, como está descrito en el artículo 75° del Código Penal, “... solo supone la unidad del hecho, no de la acción. Que, a su vez, un hecho único puede estar compuesto o integrado por distintas acciones es algo perfectamente concebible, pues, ... existen numerosos casos en los cuales la “abrazadera” del tipo reúne en unidad de hecho lo que indiscutiblemente constituye una pluralidad de acciones. ... el concurso ideal de delitos, ... sólo es la única forma, el modo en que se exterioriza y realiza la actividad final, pero las acciones son varias” (Ob. cit. Enrique Cury, p. 663.). En dicho concurso, debe aplicarse la pena mayor asignada al delito más grave o el mayor de los grados si los delitos tienen la misma pena.

El profesor Cury sostiene que la doctrina distingue entre dos tipos de concurso ideal; el primero de ellos es el *concurso ideal homogéneo*, es decir, aquel en que “... con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal” y, el segundo, el *concurso ideal heterogéneo*, esto es, cuando “... con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales” (Ob. cit. Enrique Cury, pp. 664 y ss.).

En cuanto a la aplicación práctica de la pena, el tratamiento sería más benigno que en los casos de concurso real, pues en el concurso ideal se emplea el sistema de absorción, es decir, se sanciona con la pena mayor asignada al delito más grave, de conformidad con lo señalado en el artículo 75° del Código Penal.

c) **Concurso aparente:**

Hablamos de un concurso aparente de leyes penales cuando existe un problema de interpretación y de aplicación de la ley penal, porque aparentemente serían concurrentes varias disposiciones penales. En el caso concreto la solución consiste en utilizar solamente una de ellas, dejando fuera la otra u otras leyes. El Profesor Cury sostiene que hay concurso aparente de leyes penales cuando “... un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas” (Ob. cit. Enrique Cury, p. 667, cita 71.), es decir, se trataría sólo de una discrepancia de interpretación que se relaciona con la teoría de concurso de delitos, porque se trata de determinar cuál de las normas, que supuestamente están en conflicto, deberá aplicarse al caso concreto, o bien concluir que se verifica una pluralidad de delitos con unidad de hecho. (Ob. cit. Enrique Cury, p. 668.).

El profesor Etcheverry, por su parte, manifiesta que para la doctrina ha sido discutible establecer con exactitud la solución ante un concurso aparente, ya que la misma ha dispuesto la existencia de cuatro requisitos generales: el principio de especialidad, de consunción, de subsidiaridad y de alternatividad. Sin embargo, para él, los dos primeros, principio de especialidad y principio de consunción, serían los aplicables a nuestra legislación, (Ob. cit. Alfredo Etcheverry, pp. 122 y ss.):

1. Precisiones de los tipos penales

El artículo 3° la Ley N°20.000 señala que: *“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”*.

Se castiga asimismo *“... la difusión incontrolada de tales sustancias, y esto es precisamente lo que hace quien, aun sin tomar participación directa en la actividad de tráfico propiamente tal, “invierte” en esa actividad ilícita, financiando a sus operadores y esperando a cambio una utilidad en relación al capital invertido, utilidad que solo puede provenir, directa o indirectamente, del gasto que en las sustancias ilícitas realizan los consumidores finales...”*³.

Por su parte, el artículo 4° de la misma ley dispone lo siguiente: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o química, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con ... a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo...”*.

Esta norma –principal modificación de la referida ley– surge como un paliativo frente a la rigidez de los preceptos de la antigua Ley N°19.366. Desde una perspectiva práctica, parecía excesivo y desproporcionado aplicar penas tan severas a quienes traficaban con pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, en contraposición a las organizaciones criminales que se dedicaban a comercializar con cantidades superiores de drogas. Hoy existe la figura privilegiada, antes

-
- **Principio de especialidad:** hace referencia a que dos o más normas describen un mismo hecho, pero sólo una de ella es más representativa o detallada referente al mismo, debiendo, en consecuencia, aplicarse aquel precepto que sea más particular y preciso en la descripción del hecho constitutivo del delito, independientemente de la penalidad de la norma.
 - **Principio de consunción:** conforme a este principio, un tipo penal aparta al otro, porque en el primero de ellos ya se abarcó el desvalor que de la conducta realiza el otro tipo punible.
 - **Principio de subsidiariedad:** tiene lugar cuando se considera que es aplicable la norma subsidiaria sólo si la norma principal no concurre.
 - **Principio de Alternatividad:** pretende resolver las dificultades existentes en los tipos con pluralidad de hipótesis, disponiendo que ante la concurrencia de dos o más normas penales, deberá aplicarse aquella que contenga la pena mayor.

3 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 579 y 580.

mencionada, cuya regulación legal se encuentra en el artículo 4° de la Ley de Drogas⁴.

En cuanto a la aplicación de la norma del tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico, se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que se trata de la misma figura del tráfico tradicional, pero atenuada por cuanto aporta un elemento identificatorio, cual es “*pequeñas cantidades*”, entendiéndose de acuerdo a lo que la propia norma indica: “...*la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo...*”⁵.

En relación con el delito de cultivo, el artículo 8° establece que lo comete “*El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas,...* a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo...”.

A este tipo penal, también se le ha considerado como una figura especial, preferente y excluyente de la figura básica del tráfico⁶. Los mismos autores expresan que en el caso del cultivo el sujeto activo es aquella persona que no se dedica al tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas o estupefacientes, esto es, un sujeto cuyo rol o actividad sea exclusivamente sembrar, plantar, cultivar o cosechar vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Argumentan que el legislador creó una figura especial y privilegiada tomando en consideración especialmente a aquellos campesinos y agricultores que se dedicaban al cultivo de estas especies ilícitas sin participar directamente en la red u organización criminal de tráfico ilícito de estupefacientes. A pesar que el sujeto activo ha sembrado, plantado, cultivado o cosechado, una vez que trasfiere a cualquier título a un tercero, o bien realiza

4 No obstante, en los inicios de la vigencia de la referida ley, hubo ciertas dificultades para definir o entender qué debía considerarse como pequeña cantidad de droga. Finalmente, se concibió que la valoración final quedaba entregada al sentenciador, quien conforme a una serie de parámetros, que incluyen la cantidad de la droga incautada y otros elementos concurrentes tales como flagrancias, pureza de la droga, dinero decomisado, dosificadores, envoltorios, balanzas, etc., permitirían determinar cuando estamos en presencia de un tráfico del artículo 3° y cuando ante un tráfico de pequeñas cantidades o tráfico del artículo 4°. Tal argumentación se encuentra basada en el “concepto regulativo” propuesto por Heinrich Henkel y que el fallo de la Corte Suprema tomó como base para determinar la existencia del tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4, señalando la Excelentísima Corte Suprema -CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005- que la ley le ha otorgado un mandato al sentenciador para decidir el caso concreto a partir de particularidades; esto es, las circunstancias precisas del caso, es decir, criterios cualitativos y contextuales que orientan la resolución del juez. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. HENKEL, Heinrich, Trad.: GUZMÁN DÁLBORA, José, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2005, VII, pp. 126 y 127. Citado también en sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de julio de 2006. Causa Rol N°2005-05.

5 Ob. cit., pp. 584 y 585.

6 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, p. 600.

actos propios de comercialización, ajenos a la plantación, dejaría de ser una figura favorecida. Entonces la actividad desarrollada por el sujeto se enmarcaría dentro del tipo de tráfico del artículo 3°, formando así parte de la cadena o eslabones de producción de las sustancias sicotrópicas o estupefacientes. Así, se ha considerado como acto preparatorio y de tentativa, en relación con el ciclo de la droga⁷. No sucedería lo mismo cuando los frutos o la cosecha del cultivo se mantuvieran en poder de quien las cultivó, pues seguiríamos ante la figura del cultivo propiamente tal.

En cuanto al objeto material del cultivo, advierten que se trata de especies vegetales vivas y adheridas a la tierra o en pie, independiente de la cantidad de principios activos, que en el caso de la cannabis, pueda tener. Sin embargo, añaden, sería discutible el objeto material ante la posesión de las semillas de estas sustancias, pues por algunos son entendidas como materias primas propias para realizar el cultivo o plantación productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas; por lo tanto, ellas sólo serían eventualmente un acto preparatorio al cultivo del artículo 8°. En consecuencia, la única vía sancionatoria a la aludida posesión de semillas, es que éstas hayan sido adquiridas con el propósito o fin de sembrarlas o cultivarlas. Relacionado con lo anterior, postulan que la venta y posesión de tales semillas podría entenderse entonces como una figura de tráfico propiamente tal, en la medida que las entendemos o le damos la calidad de materias primas o sustancias estupefacientes que poseen ajenas al agricultor⁸.

2. Consideraciones de los concursos en materia de Ley de Drogas

Hechas las precisiones del apartado anterior, cabe pronunciarse respecto de la aplicación práctica de la teoría de concursos en la Ley N°20.000, en especial sobre los delitos de tráfico de los artículos 3°, 4° y de cultivo del artículo 8°.

En el concurso real o material un mismo sujeto lleva a cabo varios actos, que no se encuentran conectados entre sí y que son constitutivos de delitos diferentes, sin que exista condena en ninguno de ellos, correspondiendo al sentenciador aplicar la regla general del artículo 74° del Código Penal y acumular las penas de los delitos, debiendo ésta cumplirse en la medida que sea posible. Por su parte, el concurso ideal se produce cuando un solo hecho es constitutivo de dos o más delitos, o bien cuando uno de los actos sea desplegado para cometer el otro. Finalmente, el concurso aparente existe cuando en razón de un problema de interpretación legal, se hace necesario determinar cuáles disposiciones legales serían aplicables respecto de un mismo hecho. En materia de Ley de Drogas la discusión respecto a qué concurso emplear ante un determinado

7 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 575, 600 y ss.

8 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 600 y ss.

escenario, como expresamos, es una discusión aún no zanjada, y sobre la cual manifestaremos nuestra opinión.

Los profesores Politoff, Matus y Ramírez⁹ consideran que en los casos de concurrencia de los delitos de tráfico del artículo 3°, tráfico del artículo 4° y cultivo del artículo 8° de la Ley N°20.000, cabe aplicar el concurso aparente de leyes penales¹⁰, para quienes el delito de tráfico sería “... parte de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por él, y en las que éste participa una y otra vez...”. En atención a este carácter de *delito de emprendimiento* que posee el tráfico ilícito de drogas, y teniendo en cuenta que el cultivo de ilícito de especies vegetales productoras de estupefacientes o sicotrópicos forma parte de la cadena de actos necesarios para poner la droga a disposición de los consumidores finales, según estos autores, dicha conducta sería perfectamente subsumible en el delito de tráfico, especialmente en su sentido amplio, consagrado en el inciso 1° del artículo 3° de la Ley de Drogas. Desde esta mirada, la consideración del cultivo como un acto preparatorio que ha sido elevado a la calidad de delito por el legislador encontraría explicación en la búsqueda por evitar la existencia de lagunas de punición¹¹.

Por otra parte, el Profesor Matus ve en la figura del cultivo una forma favorecida del tráfico, señalando que “...resulta más o menos evidente que el cultivo en general de las especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes es una conducta que se enmarca también dentro de la figura básica de tráfico ilícito, por cuanto tales especies contienen en sí, en la generalidad de los casos, las sustancias cuyo tráfico se prohíbe, sea en sus hojas o en sus sumidades”, y luego agrega, “es por ello que resulta indispensable una adecuada especificación de los elementos de esta figura, atendido el especial privilegio que la ley otorga a los autores de esta conducta, no sólo en el marco penal, sino también en la facultad que se confiere al Tribunal de rebajar todavía en un grado la pena fijada por la ley, “según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del inculpa”¹².

Sin embargo, no parece atendible compartir la consideración del artículo 8° como una figura privilegiada –que escaparía de la red de comercialización típica del tráfico propiamente tal–, en el sentido que el sujeto activo sería diferente a aquel dedicado al tráfico del artículo 3°, específicamente, el agricultor o los campesinos que se dedican a la siembra de estas sustancias sin la competente autorización, puesto que los verbos rectores de uno y otro delito no se aseme-

9 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 581 y ss.

10 La mayor parte de la jurisprudencia revisada sobre la materia, aplica el criterio esbozado por los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, en el sentido que corresponde ante la concurrencia de dos o más normas en la Ley de Drogas el concurso aparente de leyes penales.

11 *Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1999, pp. 87 y ss.

12 *Dogmática de los Delitos Relativos al Tráfico de Estupefacientes*, Jean Pierre Matus, p. 71.

jan. En este orden, mal podría haber pensado el legislador otorgar un privilegio al cultivo ilícito respecto del delito de tráfico cuando entendemos que son figuras absolutamente diferentes. En la misma línea, cabría cuestionar que el legislador hubiera optado, por una parte, por la penalización privilegiada del tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4°, y por otra, por la consideración del cultivo del artículo 8° como figura específica y también privilegiada, según ha sido defendido por alguna doctrina, puesto que de ser así ésta última podría haber sido incluida en el tipo penal de tráfico ilícito de drogas del artículo 3°.

Una línea argumentativa para la aplicación del concurso aparente de leyes penales es aquella que, reconociendo que el tráfico y el cultivo han sido tipificados como figuras diferentes, estima que el segundo de ellos sería subsumido por el primero en razón de que el tráfico contendría la totalidad de la lesión al bien jurídico protegido, que es la salud pública; abona lo anterior, por una parte, la mayor penalidad que tiene el tráfico por sobre el cultivo y, por otra, que el tráfico constituya el acto final del proceso iniciado a través de la siembra de la sustancia ilícita. En este sentido el Profesor Matus¹³ considera que: “*Un fenómeno inverso sucede con las especies vegetales ya cosechadas, esto es, con el “conjunto de frutos, generalmente que se recogen de la tierra al llegar a la sazón”: mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quién las cultivó, el delito será de cultivo, a pesar que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico, en tanto no se produzca su transferencia a un tercero, tal tráfico debe descartarse, siendo aplicable la figura del artículo segundo*”¹⁴. Esto es, la posesión de las sustancias podría entenderse aun como cultivo del artículo 8°, mientras el sujeto no realice actos propios consagrados en la figura del tráfico del artículo 3°, que son básicamente actos de comercialización de transferencia de la sustancia a terceros.

A este respecto, podemos citar un fallo en el cual la Fiscalía respectiva había acusado por tráfico del artículo 3°, puesto que junto a las doce plantas aludidas, fueron encontrados 68 gramos de la misma droga en proceso de secado. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Penal dijo¹⁵: “*DUODECIMO: Que, la pena corporal asignada al delito acreditado, de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, será rebajada en un grado desde el mínimo, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Ley 20.000, en especial, atendido a la escasa cantidad de lo cultivado, sólo doce plantas y a lo rústico del proceso utilizado, y por considerar, que las circunstancias personales del autor no denotaron que se tratara de una persona que haya obtenido retribuciones evidentes por dicha conducta o que formara parte de una organización criminal más amplia, sino que dieron*

13 *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Sergio Politoff y Jean Pierre Matus., Edit. Lexis Nexis, 1999, p. 222.

14 Se refiere a la Ley N°19.366, antecesora de la actual Ley de Drogas (N°20.000).

15 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, RUC 0500 0971 77-6, del 21 de enero de 2006, considerando duodécimo.

cuenta de un obrero agrícola, que vive junto a su cónyuge e hija en un inmueble con los elementos básicos para habitarlo, mismas razones por la que, a su vez, se procederá a imponer una multa inferior al mínimo señalado por la ley”.

De igual forma, otra sentencia¹⁶, sosteniendo la teoría de delito de emprendimiento, resolvió dar por acreditada la comisión de los delitos de tráfico y de cultivo, aunque condenando solamente por el primero de ellos: “OCTAVO: (...)se han acreditado los siguientes hechos: El día 13 de febrero de 2008, en horas de la noche, contando personal policial de la Brigada Antinarcóticos Metropolitano con antecedentes de que en el domicilio de Pasaje Los Halcones N°13.002, población Pablo de Rocka, comuna de La Pintana, se comercializaba droga y en virtud de una orden judicial de entrada y registro, ingresa a dicho inmueble donde se encontró al acusado F.M.N. poseyendo y guardando una caja contenedora de marihuana con un peso bruto de 97,1 gramos, bolsas con marihuana, con un peso bruto aproximado de 270, gramos y 70 plantas verdes de entre tres y dos metros de altura, además una balanza digital y bolsas plásticas.”... “DÉCIMO: Que los hechos descritos en el considerando precedente constituyen, a juicio de la mayoría del Tribunal, el delito de tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 3° de la Ley 20.000, toda vez que se encontraron sustancias estupefacientes a que se refiere el artículo 1° de la misma Ley. En primer término, se trata de un delito de tráfico, del consagrado en el artículo 3 del cuerpo legal antes citado, reconociéndose en los hechos con claridad la concurrencia de los verbos rectores de “poseer” y “guardar” cannabis sativa, a saber, una de las sustancias señaladas en el inciso 2° del artículo 1 de la Ley N°20.000. De esta manera, la mayoría de estos sentenciadores han entendido que la plantación y el cultivo de las de marihuana, si bien configura un tipo especial consagrado en la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, es del caso que en los hechos que motivaron el presente juicio están comprendidas dentro de la expresión “poseer” y “guardar” dicha sustancia consagrada en el inciso 2° del artículo 3 de la ley aludida, toda vez que la intención subyacente por parte del agente en el hecho la siembra y posterior cultivo, ha de ser precisamente la de obtener los frutos necesarios para disponer de ella. Así las cosas, dicha plantación comprendería la primera fase de ejecución del delito de tráfico ilícito de drogas propiamente tal, en un sentido como el ya analizado, es decir, dentro del denominado “ciclo de la droga”, de manera que el resto de las figuras penales contempladas en la Ley N°20.000 son abarcadas por la de “tráfico” principal, cuando pueden insertarse en tal circuito, por tratarse en definitiva de acciones que conducen a la puesta indebida de estupefacientes a disposición de los consumidores finales”.

En este mismo orden de ideas pero, esta vez, con ocasión de la concurrencia de los delitos de cultivo y tráfico de pequeñas cantidades, la jurisprudencia ha entendido que ambas son figuras privilegiadas respecto del delito de tráfico ilícito del artículo 3°, procediendo a subsumirlas en este último; así lo pode-

16 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0800145958-k, de 03-08-2009.

mos ver en el siguiente fallo¹⁷: *“NOVENO: Que por otra parte, respecto de la marihuana hallada en un macetero, habida consideración que se trata de 4 pequeñas plantas y que la figura del artículo 8° de la Ley 20.000 conlleva una alta penalidad, se ha entendido que tal posesión no pudo configurar en este caso un delito independiente que justifique tan severa sanción, estimando por el contrario, que forma parte del delito de microtráfico, por cuanto las aludidas plantas de marihuana obedecen a una etapa previa en el ciclo de la droga, la cual se encuentra en el disvalor de la conducta principal de tráfico, por lo que, resolver en sentido diverso, es decir, castigar esa conducta como un delito autónomo del tráfico, implicaría sancionar dos veces por el mismo hecho y vulnerar, en consecuencia, el principio non bis in ídem”*¹⁸.

Como mencionamos, parte de la doctrina considera que el delito de tráfico del artículo 3° tiene un mayor desvalor, que justificaría que el delito de cultivo —a través de sus verbos rectores de plantación, siembra o cosecha—, fuera absorbido por el primero, en razón que su teoría entiende al cultivo como un acto preparatorio del delito de tráfico del artículo 3°, lo que llevaría a un concurso aparente de leyes penales, en virtud del cual, y mediante la aplicación del principio de consunción, el cultivo quedaría desplazado por el tráfico en razón que el desvalor del primero estaría comprendido en el segundo.

Como vimos, otro tanto puede esgrimirse respecto de la concurrencia de los delitos de microtráfico y cultivo porque, a pesar que ambas serían figuras privilegiadas, la doctrina y jurisprudencia han planteado que al momento de colisionar se produce concurso aparente de normas penales, en el cual, el cultivo quedaría desplazado, esta vez, por la figura del microtráfico, en el entendido de que ésta última ya tiene incorporada la gravedad o desvalor del hecho. Sin embargo, esta solución pasa por alto el hecho de que se trata de dos actos diferentes, aspecto que impide advertir de qué manera el disvalor de uno quedaría capturado por el del otro, máxime si por esta vía se está pretendiendo introducir un doble privilegio que el legislador no consideró. Considerando, además, que la pena del delito de tráfico del artículo 4° es menor a la del cultivo del artículo 8°; por lo que no resulta razonable dicha sustitución, en razón del privilegio que el legislador ya estimó por tratarse de un tráfico de pequeñas cantidades.

Para plantear la posibilidad del concurso aparente, tendríamos que pensar en aplicar el principio de consunción, de acuerdo con el cual habrá concurso aparente, y no un concurso ideal de delitos, *“...cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el desvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos,*

17 TOP Antofagasta, RUC 081000 7002-3, 22-07-2009.

18 *Guía de Tipos Penales Ley de Drogas*, Unidad de Drogas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile, año 2009.

*desplazándolos*¹⁹, para lo cual “es decisiva la consideración de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, su magnitud y su conexión, así como el modo que asume el ataque en las distintas figuras en conflicto”²⁰.

Si bien podríamos pensar que el delito de cultivo puede ser considerado una tentativa de tráfico o microtráfico en razón de que aquél ataca el mismo bien jurídico protegido en los artículos 3° y 4°, para poder estimar que se produce un concurso aparente entre esta tentativa y los delitos consumados, no basta que ambos atenten contra el mismo bien jurídico protegido, la salud pública, ya que es también necesario considerar el modo de ataque en las distintas figuras en conflicto, aspecto que precisamente determina que el cultivo se contemple como una figura distinta al tráfico, habiéndose excluido dicho supuesto en razón de la pluralidad de hipótesis que contemplan los tipos penales de los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000.

En este orden, si bien es cierto que desde la perspectiva de la totalidad de la cadena de distribución pudiere parecer razonable entender que el disvalor del cultivo –que se sitúa en el inicio de la cadena– está contenido en el del microtráfico –que se ubica al final de la cadena–, no es razonable desatender que el cultivo haya sido expresamente excluido de la tipicidad reforzada que caracteriza a las figuras de tráfico y microtráfico, por cuanto se optó por una tipicidad independiente a pesar de la no despreciable pluralidad de hipótesis que satisfacen los tipos penales de los artículos 3° y 4°, es decir, importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar sustancias o materias primas o las mismas en pequeñas cantidades.

Así, por ejemplo, cuando el sujeto *porta* y asimismo *guarda* pequeñas cantidades de droga, claramente corresponderá aplicar el principio de accesoriedad, que no es sino una aplicación específica del principio de consunción a situaciones planteadas por tipos con pluralidad de hipótesis²¹, puesto que basta que se cumpla una de dichas hipótesis para la configuración del tipo penal del artículo 4°. Pero no ocurre lo mismo en el caso que analizamos, en tanto a pesar de que se trata del mismo bien jurídico protegido, la ley ha elegido separar la tipicidad, es decir, no podríamos aplicar el principio de accesoriedad al encontrarnos con la siembra, plantación, cultivo o cosecha, propios del artículo 8° y la importación, exportación, transporte, adquisición, transferencia, sustracción, posesión, suministro, guarda o porte de materias primas productoras de sustancias sico-trópicas o estupefacientes.

19 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 669. Debieran descartarse, en cambio, las hipótesis de aplicación de los principios de solución del concurso aparente de especialidad y subsidiariedad.

20 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 670.

21 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 671.

En el caso que analizamos, se trata de diversos modos de ataque del mismo bien jurídico que el legislador ha decidido separar en figuras penales distintas, el tráfico del artículo 3° y artículo 4°, y el cultivo del artículo 8°.

Siguiendo esta línea de razonamiento, advertimos que la misma lógica no puede aplicarse al caso de que el conflicto se produzca entre tráfico consumado y cultivo, pues el artículo 3° ordena la aplicación de las mismas penas del artículo 1° de la Ley N°20.000. No se da entonces la mayor gravedad de la pena asignada al delito consumado de tráfico como justificación de la absorción del cultivo, sino más bien la paridad de las penas nos permite concluir que el legislador optó por una tipificación independiente atendiendo al distinto modo de ataque del bien jurídico, sin apreciar que dicha distinción tuviera relación con la gravedad del hecho, sino que con la etapa en que se perpetra dentro de la cadena de distribución.

En efecto, para saber si un tipo penal contiene el disvalor de otro, “...la *severidad comparativa de las distintas penas amenazadas constituye un criterio de referencia, aunque sería engañoso dejarse guiar únicamente por él...*”²², y nuestra conclusión toma como referencia la severidad comparativa de las penas, pero además surge teniendo en especial consideración los modos de ataque del bien jurídico que la propia ley quiso distinguir. Así, resulta que la única razón que en la práctica justificaría la apreciación del concurso aparente en este caso de conflicto pareciera encontrarse en el hecho de que al menos no implica una rebaja de la pena, sino que la sola aplicación de la alta penalidad del artículo 3°.

Si llegamos a esta conclusión a propósito del tráfico, ¿qué podríamos concluir a propósito del conflicto o concurrencia entre cultivo y microtráfico? Naturalmente que lo mismo; que no cabría apreciar un concurso aparente de leyes penales si el propio legislador quiso distinguir modos de ataque diversos tipificando figuras distintas, máxime si la pena del microtráfico es más benigna que la del cultivo. Pero en este supuesto, podemos agregar otro importante argumento.

La Corte Suprema ha dicho que el microtráfico no es un tipo penal distinto del tráfico, pues el propósito del legislador fue someter a una pena más benévola aquellos casos en que el *tráfico* realizado por el sujeto era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social resulta insignificante, a causa de lo cual, la jurisprudencia tendía incluso a absolver, a fin de evitar excesos de punibilidad, asilándose a menudo en la idea de que versaban sobre cantidades susceptibles de ser destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo²³.

En consecuencia, la razón de ser de la menor pena que tiene el artículo 4° se trata sólo de una rebaja de la misma, cuyo fundamento es de carácter político

22 Ob. cit. Cury, Enrique, p. 670.

23 CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005.

criminal. En efecto, y como ya lo mencionamos al tratar el microtráfico del artículo 4° de la Ley N°20.000, la misma Corte Suprema ha dicho que el empleo por la ley de un *concepto regulativo* como el de “pequeñas cantidades” se justifica sólo porque la precisión de las circunstancias bajo las cuales es *político criminalmente* apropiado reducir la punibilidad del tráfico de estupefacientes tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, de manera que la facultad de hacerlo tiene que entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos²⁴.

Así, aun cuando desde una perspectiva práctica pudiere estimarse atendible apreciar un concurso aparente cuando la concurrencia se produce entre el cultivo y el tráfico del artículo 3°, no siendo el microtráfico del artículo 4° un delito distinto al primero, sino que el mismo tipo penal, esto es, constituyendo solamente una rebaja excepcional de la pena con fundamento político-criminal, la alternativa de apreciar un concurso aparente entre microtráfico y cultivo produciría una consecuencia que excede el propósito de la ley que contempló la reducción de la penalidad de una forma excepcional. Si la ley hubiera querido efectuar esta distinción de penalidad, entre cantidades pequeñas y no pequeñas, en materia de cultivo lo habría hecho expresamente como lo hizo en el artículo 4°, en cuyo caso sería por lo menos atendible estimar que a través de un concurso aparente, el disvalor del ilícito del cultivo queda comprendido en el que es propio del tipo penal del artículo 4°, absorbiendo éste al primero. Pero no ocurre de esta forma.

Además, al encontrarnos en la hipótesis del cultivo y microtráfico y una eventual aplicación del concurso aparente, no se ha tomado en consideración que además de poseer o guardar pequeñas cantidades de drogas, no es menos cierto que lo cultivado aumenta esa pequeña cantidad de droga, posibilitando al sujeto a traficar mayores cantidades de éstas sustancias ilícitas, lo cual implicará una actuación o desarrollo de la actividad de tráfico de manera permanente, aumentando la posibilidad de afectar al bien jurídico protegido.

Como en el ámbito del cultivo la ley no distingue, el marco penal a aplicar es siempre el mismo, cualquiera sea la cantidad de droga involucrada, no corresponde entonces que para la determinación de la pena a aplicar, el intérprete introduzca, por la vía de la apreciación de un concurso aparente, una distinción que el legislador no contempló. En este caso, la severidad comparativa de las penas nos sirve para descartar con toda certeza la posibilidad de un concurso aparente y asegurar que nada justifica su apreciación.

Por otra parte, si bien es cierto desde la perspectiva dogmática pudiera en principio sostenerse que en el caso que se analiza el delito de cultivo es un medio para cometer los delitos de tráfico o microtráfico, y que en tal medida

24 CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005.

debiéramos entender que la ley penal general ha resuelto la situación, esto es, a través de la aplicación del concurso medial contemplado en el artículo 75° del Código Penal, regla que haría excepción a la más general de la acumulación de penas prevista en el artículo 74° del mismo cuerpo legal, es asimismo cierto que la Ley N°20.000 ha descartado esta posibilidad cuando ha tipificado tales hechos como figuras penales distintas no obstante su pertenencia a una misma cadena de distribución.

En efecto, y a pesar de que es muy posible que en el caso concreto se pueda comprobar que los hechos que constituyen delitos independientes fueron parte de una misma cadena, el legislador ha tomado una opción que está claramente dirigida a que dicha consideración no influya en la determinación de la pena, sin perjuicio de que habrá casos en que no será posible establecer que el cultivo fue efectivamente el medio para cometer los delitos de tráfico o microtráfico, en los cuales no habría en realidad ninguna razón para defender la posibilidad de aplicar el concurso ideal.

Otro tanto puede señalarse respecto de la posibilidad de considerar que el cultivo es un *acto preparatorio* del tráfico, puesto que de ser así, la decisión legislativa habría sido penalizar en forma especial dicho acto preparatorio manifestándose la misma voluntad político-criminal antes aludida.

3. Ideas finales

En definitiva, teniendo presente lo señalado previamente, reiteramos nuestra posición en orden a que la forma de solucionar este tipo de concursos es mediante las reglas del artículo 74° del Código Penal, esto es, el concurso material de delitos..

Entonces, concordante con lo expresado en el párrafo precedente, frente a la concurrencia de concursos de delitos entre las figuras contempladas en el artículo 3° en relación con el artículo 8° y entre el artículo 4° respecto del artículo 8°, todos de la Ley N°20.000, estimamos que no procede la aplicación del concurso aparente de leyes penales ni del concurso ideal de delitos.

Por tanto, sistematizando los argumentos latamente referidos en el acápite anterior:

- No compartimos la tesis del concurso aparente de leyes penales y la consecuente aplicación del principio de subsunción. Ello, por cuanto estimamos que las figuras delictivas previamente mencionadas gozan de independencia y de desvalor autónomo, desde la perspectiva de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- Asimismo, discrepamos de la tesis que afirma que existe un concurso ideal al ser el delito de cultivo un medio para cometer el de tráfico.

De esta manera, consideramos que el criterio aplicable a las hipótesis descritas, es el concurso real de delitos, al contener la propia Ley N°20.000, tres figuras diferentes, las que pueden desarrollarse aisladamente. Por lo tanto, enfrentados a la aplicación de éstas en el supuesto de concurso, su correcto análisis deriva en la aplicación unívoca de la acumulación material de las penas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74° del Código Penal.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ESCNNA): UN FENÓMENO INVISIBLE

Macarena Car Silva¹

“La explotación sexual comercial de los niños puede tener consecuencias graves, duraderas de por vida, e incluso mortales, para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de los niños, comprendida la amenaza de embarazo precoz, mortalidad materna, lesiones, retraso del desarrollo, discapacidades físicas y enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA. El derecho de todos los niños a disfrutar de su infancia y a llevar una vida productiva, gratificante y digna se ve seriamente comprometida”².

Desde la dictación de nuestro Código Penal, el legislador nacional ha considerado la “corrupción de menores” como un hecho ilícito que merece un intenso reproche social.

En efecto, ya en la primera edición de nuestro código punitivo, de diciembre de 1874, el artículo 367 rezaba: *“El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados i multa de ciento a cinco mil pesos”³.*

Lo anterior da cuenta que, sin duda, la “prostitución infantil” era un fenómeno presente en la sociedad chilena hace ya 136 años.

Al margen de la consagración que el ordenamiento jurídico nacional le ha ido dando al tema de la explotación sexual de menores de edad y sus distintas aristas, vale la pena revisarlo como un fenómeno complejo y multicausal que ha sido estudiado y tratado en mayor profundidad en las últimas décadas a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); erigiéndose ya no como un conjunto de conductas que implican el acometimiento de actos deshonestos, sino como un problema de violación de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 “Declaración y Agenda para la Acción de Estocolmo”, Estocolmo Suecia, 27 al 31 de agosto de 1996, punto 9.

3 Rivacoba y Rivacoba Manuel; “Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora con un estudio preliminar”; Valparaíso, 1974.

En efecto, el artículo 34 de la Convención sobre Derechos del Niño señala:

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

En el contexto internacional, cabe destacar la participación del Estado de Chile en los tres congresos Mundiales sobre ESCNNA que se han llevado a cabo en Estocolmo (1996), Yokohama (2001) y Río de Janeiro (2008). Es así que nuestro país suscribió a la “*Declaración y Agenda para la Acción de Estocolmo*”, el “*Compromiso Global de Yokohama*”, así como el “*Pacto de Río de Janeiro para prevenir y eliminar la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*”.

En el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes de Estocolmo en 1996, se arribó a la siguiente definición del fenómeno:

“La explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud”.

En el Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, de junio de 2000, nuestro país definió la ESCNNA como:

“Todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y/o económico basándose en una relación de poder, considerándose explotador tanto aquel que intermedia u ofrece la posibilidad de la relación a un tercero, como al que mantiene la misma con el niño, niña y adolescente, no importando si la relación es frecuente, ocasional o permanente”⁴.

4 Asociación Chilena pro Naciones Unidas, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Fundación Margen, Instituto Interamericano del Niño, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio 2000.

De ambas definiciones resulta evidente que la Explotación Sexual Comercial es un tipo de vulneración del derecho a la indemnidad y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes, y por ello suele asimilarse a otros tipos de violencia sexual. Empero, esto es inexacto, por cuanto existen elementos claramente diferenciadores entre ambos fenómenos, toda vez que en la explotación sexual comercial se encuentra presente siempre el elemento del “intercambio” o la “retribución” en dinero o especies, como elemento central para persuadir, forzar o manipular a la víctima para que se involucre sexualmente con un adulto, elemento que no se encuentra presente necesariamente en la violencia sexual.

La existencia de la retribución –como idea de intercambio de bienes a cambio de una prestación de servicio– es el elemento que complejiza la dinámica entre víctima y explotador, ya que la existencia de la entrega de un “beneficio” o “compensación” (ya sea económico o de otra índole), para el niño, niña o adolescente, hace que tanto explotadores, víctimas y su entorno tiendan a entender el contacto sexual como un acto voluntario por parte del niño o niña.

Teniendo presente la existencia de la “retribución” económica o en especies que reciben los niños niñas y adolescentes es que la OIT en el convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación en 1999 señaló:

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión «**las peores formas de trabajo infantil**» abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

La Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, como fenómeno delictivo, de acuerdo a lo establecido en el Compromiso Global de Yokohama, y complementado por el Pacto de Río de Janeiro, está constituido principalmente por cuatro formas de violación de los derechos de la infancia:

la prostitución infantil, la utilización de niños en pornografía, la trata de niños con fines sexuales y el turismo sexual.

1. La prostitución infantil

El Servicio Nacional de Menores, en 1996, elaboró su propia definición, describiendo la problemática en los siguientes términos: “la actividad erótico sexual que desarrollan los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años para obtener un pago, que puede ser en dinero u otro medio: comida, ropa, alojamiento u otros”.

En el ámbito internacional, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define prostitución infantil en los siguientes términos:

“Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”⁵.

El vocablo prostitución, que en concepto de la Real Academia de la Lengua Española es “*actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero*”, no es una expresión adecuada para referirse a la explotación sexual comercial de la infancia, toda vez que implica cierto nivel de responsabilización del sujeto que ejerce la actividad, en este caso el niño, niña o adolescente, y entraña cierto nivel de prejuicio respecto de la víctima, pues no considera el hecho que el “pago” o “compensación” que se entrega a cambio de los actos sexuales es –al igual que el ejercicio de la fuerza o el engaño– un abuso extremo de poder del adulto sobre el niño, niña o adolescente; motivo por el cual el concepto de prostitución infantil ha entrado en desuso y en cambio se utiliza la expresión explotación sexual comercial.

Como lo señaláramos al comienzo de este artículo, desde la creación de nuestro código punitivo existe la figura de promoción o facilitación de la prostitución infantil, norma que se mantuvo inalterable en su estructura típica hasta la dictación de las Leyes 19.617 y 19.927, estableciéndose desde entonces una figura base y una figura calificada, reconocidas por el legislador en los siguientes términos:

Art. 367. *El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.*

5 Artículo 2 b) del “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”; adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 y entrada en vigor el 18 de enero de 2002.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

Asimismo, el legislador, a través de la Ley 19.927, estableció la sanción al “cliente” de la explotación sexual comercial infantil, estableciendo el tipo penal de obtención de servicios sexuales, previsto y sancionado en el artículo 367 ter, que reza:

Art. 367 ter. El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo.

La inclusión de esta norma en nuestra legislación ha significado un notorio avance en materia de sanción al explotador sexual de niños, niñas y adolescentes, toda vez que, antes de la creación de esta norma, el destinatario final de la explotación sexual, muchas veces, quedaba al margen del reproche social.

2. La utilización de niños en pornografía

El mismo protocolo facultativo define la pornografía infantil de la siguiente manera:

“Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”⁶.

En concordancia con lo anterior, y desde la publicación de la Ley 19.927 en enero de 2004, nuestro Código Penal define lo que en derecho nacional se entiende por pornografía infantil, señalándolo explícitamente en el inciso segundo del artículo 366 quinquies, que señala: *“se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”*.

Las conductas sancionadas por nuestro legislador en relación a la pornografía infantil son las siguientes:

- Producción de material pornográfico infantil (artículo 366 quinquies inciso primero).
- Comercialización, distribución o exhibición de material pornográfico infantil (artículo 374 bis inciso primero).
- Almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil (artículo 374 bis inciso segundo).

6 Artículo 2 c) ob. cit.

Llama positivamente la atención que, en el caso de los delitos vinculados a la pornografía infantil, el legislador se encarga de sancionar a todos los partícipes del negocio que entraña este tipo de delincuencia, partiendo desde todos y cada uno de los partícipes en la producción del material, hasta el consumidor final del material, quien lo conserva en su poder.

3. La trata de niños con fines sexuales

Este fenómeno se encuentra definido en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁷, que reza:

“Artículo 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) *Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;*
- b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*
- c) *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;*
- d) *Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.*

Respecto de la trata de personas, nuestro legislador incluyó este tipo penal en nuestra legislación en 1995, a través de la dictación de la Ley 19.409 que creó el artículo 367 bis del Código Penal, norma que fue modificada por la Ley 19.927, teniendo en la actualidad la siguiente redacción:

⁷ Protocolo adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.

Art. 367 bis. El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:

- 1 Si la víctima es menor de edad.
2. Si se ejerce violencia o intimidación.
3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
6. Si existe habitualidad en la conducta del agente.

Al comparar el contenido del artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (conocido también como Protocolo de Palermo), con el del artículo 367 bis de nuestro Código Penal, podemos notar a simple vista dos grandes diferencias:

En primer lugar, el Protocolo de Palermo contiene un concepto más amplio de trata de personas que nuestra legislación, toda vez que incluye no sólo la trata de personas con fines de prostitución, sino que además incluye, dentro de la acción típica, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas para trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En segundo lugar, el Protocolo define como acción típica la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, para los fines ya indicados, siempre y cuando el modo comisivo sea a través de la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, cuando las víctimas de la trata son personas adultas.

Distinto es el tratamiento que hace nuestro legislador, ya que, de la simple lectura del inciso primero del artículo 367 bis del código punitivo, queda claro que no es menester la concurrencia de circunstancia comisiva alguna cuando

existe trata de personas adultas para fines de explotación sexual, y crea una figura calificada para la concurrencia de ciertas modalidades comisivas.

En lo que ambas normas jurídicas coinciden es en que, en presencia de trata de niños, niñas y adolescentes para fines de explotación sexual, no se requiere para su sanción la existencia de circunstancias especiales, sino que basta con que se cumpla con la acción descrita en los verbos rectores; y en el caso de nuestra legislación, se sanciona más duramente la trata de personas para fines sexuales cuando afecta a niños, niñas o adolescentes.

Cabe destacar que, a la fecha de realización de este artículo, se encuentra en discusión en el Congreso Nacional un proyecto de Ley que modifica la tipificación y sanción de la trata de personas, proyecto que se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional⁸.

4. El turismo sexual

Se puede definir el turismo sexual como explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes por parte de hombres o mujeres que viajan desde un lugar a otro, generalmente desde países ricos hacia países menos desarrollados en busca de la obtención de contactos sexuales con personas menores de 18 años⁹.

Según la Organización Mundial del Turismo (OMT) se trata de viajes organizados desde dentro del sector turístico, o desde fuera del sector pero utilizando sus estructuras y redes, con el objetivo fundamental de que el turista tenga relaciones sexuales con niños, niñas y adolescentes residentes en el lugar de destino.

Esta modalidad de explotación sexual comercial no tiene consagración específica en nuestra legislación, no obstante ello, evidentemente quien tenga este tipo de conductas podría ser sancionado como autor del delito de facilitación de la prostitución infantil, obtención de servicios sexuales o bien, dependiendo de las circunstancias que rodeen los hechos, como autor de violación, estupro o abuso sexual.

El hecho que no exista un tipo penal específico para las conductas vinculadas al turismo sexual, no ha sido un impedimento u obstáculo para que, en mérito de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Chile, se hayan

8 Proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (Boletín N°3778-18)

9 Traducción de la autora de la definición dada por ECPAT International: "CST is defined as the commercial sexual exploitation of children by men or women who travel from one place to another, usually from a richer country to one that is less developed, and there engage in sexual acts with children, defined as anyone aged under 18". Fuente: <http://www.ecpat.net>

implementado campañas para la detección y prevención del turismo sexual en Chile.

Interrelación de las modalidades comisivas

Cabe tener presente que entre las cuatro modalidades que puede adoptar la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes existen íntimos lazos y resulta bastante frecuente encontrar la confluencia de más de una de ellas en la vida de una misma víctima, ya sea en forma simultánea o en distintos momentos de su infancia o adolescencia. Caso paradigmático que refleja esta interrelación delictiva es el denominado “Caso Spiniak”, que en los hechos implicó la existencia de relaciones concursales que llevaron en definitiva a la Corte Suprema a condenarlo como autor de los delitos de abuso sexual reiterado, facilitación de la prostitución infantil y producción de material pornográfico infantil¹⁰.

Todas y cada una de las manifestaciones de la ESCNNA se encuentran actualmente presentes en la sociedad chilena, sin embargo, son invisibilizadas, llegando un número mínimo de casos a ser denunciados e investigados.

Esto se explica en parte por los prejuicios sociales que operan en detrimento de las víctimas y puede explicarse también por la falta de información y sensibilización que existe en la comunidad y en los propios operadores del sistema penal en torno al tema.

Análisis del fenómeno de la ESCNNA

Lo que sigue a continuación es un breve análisis del fenómeno, elaborado en base a los estudios internacionales y nacionales realizados por equipos profesionales de las Organizaciones No Gubernamentales que se dedican al estudio, prevención y tratamiento reparatorio de las víctimas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes.

La ESCNNA desde la perspectiva de la víctima:

Comprender cuáles son los factores que permiten la proliferación de esta violación de los derechos humanos de las personas más vulnerables se hace imprescindible para poder reconocer la presencia del fenómeno.

Muchas veces, el común denominador de las víctimas de ESCNNA es la pobreza, que sin duda es el factor más asociado a la explotación sexual de la infancia; sin embargo, es importante tener presente que no es el único, pues se trata de un fenómeno de suyo complejo y multicausal.

10 Extraído de la sentencia recaída en los autos Rol 5576-07 de la Corte Suprema, de fecha 7 de agosto de 2008, pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Dentro de las causas que facilitan la aparición de la explotación sexual comercial de la infancia y adolescencia podemos encontrar elementos asociados a causas sociales, culturales y aquellas relativas a las historias personales y familiares de las víctimas.

Muchas veces, las víctimas ven su participación en redes de explotación sexual como una forma de “trabajo” que les permite satisfacer sus necesidades básicas y las de su grupo familiar de forma inmediata, dada la precariedad de recursos económicos, hecho que se funda en la desigualdad en la distribución del ingreso y la falta de redes sociales en el ámbito de la educación y la salud, ambas causas sociales frecuentes de la ESCNNA.

A ello se suman elementos culturales que justifican la existencia de la explotación, tales como la preponderancia de valores exitistas y consumistas que tienden a valorar más el tener que el ser; la existencia de patrones culturales machistas y adultistas de la realidad y una visión de los medios de comunicación que tiende a exacerbar una visión erotizada de niños, niñas y adolescentes.

Sin duda, tanto las circunstancias sociales como culturales que rodean a las víctimas colaboran a su permanencia en el circuito del comercio sexual, pero los elementos más fundamentales que transforman a los niños en víctimas de la explotación guardan relación con las disfuncionalidades familiares en las que han crecido y las largas historias de abandono físico y emocional, así como los episodios reiterados de abuso físico y sexual del que han sido objeto a lo largo de sus cortas vidas. En las entrevistas que los profesionales dedicados a la reparación de estas víctimas es común que aparezcan relatos como el siguiente:

“Mi mamá se murió... A los 4 años andaba en la calle pidiendo porque mi papá me mandaba. Después estuve con mi abuela. Sé que me violaron como a los 9 años pero no me acuerdo de nada de eso, ni cuantas veces. Estuve en un montón de partes, hogares, otras familias, perdí la memoria de cuando era niña, son imágenes que me vienen nomás...” (Sonia, 16 años)¹¹.

En términos generales, las víctimas de ESCNNA han sufrido deprivaciones culturales y afectivas importantes que, sumadas a la participación activa u omisiva de la propia familia en la explotación, las llevan a la socialización callejera y al consumo de sustancias adictivas, que las entrapa en un círculo vicioso del cual es muy difícil salir.

Si a ello se le suma el hecho que muchas veces son los propios explotadores quienes, para mantener el control de sus víctimas, utilizan la seducción y el otorgamiento de ciertos niveles de “protección”, “seguridad” y “afecto” a los

11 Araya Denisse, Almendras Ingrid, Ramírez Alex, Vásquez David, Magun Alejandro; “Ya no tengo nada que esconder: Experiencias de reparación con niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial”; ONG Raíces, CAFOD y UNICEF, Santiago, octubre 2006, p. 50.

niños y niñas, sumado a los niveles de privación afectiva antes señalados, nos hacen entender la ecuación que hace que estas víctimas no puedan visualizarse a sí mismas como tales y nieguen la existencia de la explotación misma, no queriendo denunciar e incluso protegiendo a sus explotadores.

Lo anterior permite explicar, en parte, las dificultades que existen al momento de denunciar la existencia de delitos como el favorecimiento o facilitación de la prostitución infantil y la obtención de servicios sexuales por parte de personas menores de edad. Asimismo, permite entender por qué es a veces tan errático el comportamiento de las víctimas de ESCNNA en el contexto del proceso penal, su escasa adherencia y compromiso con la persecución penal y, en un número importante de casos, la retractación de los hechos denunciados.

Tan importante como conocer los factores que permiten la existencia de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, es conocer los efectos que la vulneración grave de sus derechos produce en sus vidas.

Dentro de los efectos podemos encontrar consecuencias físicas, psicológicas y efectos en el comportamiento de las víctimas.

Entre las consecuencias físicas podemos encontrar un adelantamiento en el desarrollo físico de las niñas expuestas a la explotación sexual, toda vez que la temprana estimulación acarrea un adelantamiento de la pubertad. Asimismo encontramos embarazos precoces –que muchas veces van acompañados de abortos espontáneos dados por la falta de desarrollo físico de las niñas–, enfermedades de transmisión sexual y daños asociados al consumo prolongado de alcohol y drogas, lo que evidentemente altera su desarrollo.

Por su parte, las consecuencias psicológicas de la explotación sexual comercial, guardan relación fundamentalmente con la experimentación de sentimientos de culpa por lo vivido, en términos tales que sienten que han sido responsables por lo que les ha sucedido.

Es común también que, como mecanismo de defensa, desarrollen una intensa disociación, de modo tal que al narrar las experiencias de abuso vividas lo hacen tal y como si estuviesen contando una anécdota, evidenciándose la desconexión emocional que tienen respecto de sus propias vivencias.

Asimismo son importantes las dificultades que presentan para el establecimiento de vínculos emocionales estrechos y estables.

Finalmente, es común observar severos problemas de desvalorización personal y baja autoestima, lo que los lleva a caer frecuentemente en conductas auto-destructivas.

En cuanto a los efectos de la explotación sexual comercial en su comportamiento, presentan generalmente conductas disruptivas y asociadas a la criminalidad. No es infrecuente que participen de actividades delictivas como el

hurto, robo y microtráfico de drogas; lo anterior, muchas veces condicionado por su temprana socialización callejera.

Es también frecuente observar que estos niños han desarrollado patrones de conductas de riesgo que los expone constantemente a nuevos abusos, maltrato y manipulaciones por parte de los adultos que los rodean, o bien, tienden a querer utilizar la manipulación como mecanismo para obtener lo que desean, toda vez que han crecido en la cultura del “intercambio” o “retribución” de la que hablábamos casi al comienzo de este artículo.

La ESCNNA desde la perspectiva del explotador:

Desde un punto de vista del análisis delictual, la ESCNNA puede presentarse en una amplia gama de círculos o situaciones que van desde la acción de personas individuales, la organización a pequeña escala (explotación sexual comercial en el seno de la familia) a la criminalidad organizada.

Por explotador sexual vamos a entender: “Persona que se aprovecha del desequilibrio de poder entre ésta y una persona menor de dieciocho años, con el objetivo de abusar sexualmente, ya sea con fines comerciales o personales. La definición incluye a aquellos individuos que aunque no mantienen contacto sexual con los niños y niñas, obtienen un beneficio económico al permitir que otros tengan esas relaciones sexuales, es decir los proxenetas”¹².

En términos generales, y de acuerdo a los estudios nacionales e internacionales que se han hecho al respecto, podemos decir que existen distintos tipos de explotador, los que se pueden clasificar en:

El cliente (o perpetrador primario): es decir, quién obtiene los servicios sexuales de niños, niñas o adolescentes a cambio de cierta contraprestación ya sea en dinero o en especies. Los clientes pueden tener cierta habitualidad o no.

El perpetrador secundario: quien a través de la acción facilita y/o promueve el involucramiento de niños, niñas o adolescentes en actividades sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones; y de forma omisiva, quien desprotege al niño, niña o adolescente permitiendo su involucramiento en la dinámica de la explotación sexual.

El proxeneta: aquel que recibe un beneficio económico de la explotación sexual comercial del niño, niña o adolescente, en relación a la cantidad de “clientes” que el niño tiene diariamente.

Dentro de la categoría de los proxenetas podemos encontrar los “cafiches”, que son aquellos individuos que suelen mantener “relaciones sentimentales” con las víctimas y que les ofrecen “apoyo” y “protección”.

12 ONG Raíces; “Documento de Información elaborado por ONG integrantes de ECPAT para el 2º Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, diciembre 2001, Yokohama, Japón”. Fuente: www.ongraices.org

En términos generales, el modo de operar de proxenetas y cafiches es de una alternancia entre la agresión y amenaza y la seducción, alternancia que tiende a confundir a las víctimas.

Los proxenetas callejeros tienden a ser más violentos en su actuar, en cambio, los proxenetas asociados a redes de explotación sexual infantil, tienden a tener un comportamiento más seductor y una coerción más sutil, manipulando no sólo afectivamente a los niños, niñas y adolescentes, sino también a través de la entrega de dosis de drogas.

Las enganchadoras y los reclutadores: son sujetos que se encargan de contactar a los niños, niñas y adolescentes con las redes de explotación sexual a través de la seducción y la entrega de “beneficios” y algunas sumas de dinero a las víctimas, para luego obtener beneficios económicos de la actividad delictual.

Las familias: los padres, madres y grupos familiares se transforman en explotadores sexuales de sus niños y niñas, en la medida que ejercen presión directa o indirecta para que éstos aporten diariamente sustento económico al hogar.

Es importante tener presente que las anteriores no son clasificaciones rígidas y que un mismo sujeto puede detentar más de un rol simultáneamente respecto de un niño o niña o de un grupo de niños.

Conclusiones

La Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y adolescentes es, sin duda, un fenómeno complejo, multicausal y que genera alteraciones inmensas en el desarrollo físico, psicológico y social de las víctimas.

Es un fenómeno que, estando presente en la sociedad chilena, es preciso detener a través de programas de prevención, tratamiento de las víctimas y, por cierto, de una intensa y efectiva persecución penal.

Es menester señalar que como sujetos activos de los delitos comprendidos en la ESCNNA podemos claramente responsabilizar a individuos y grupos de todos los niveles de la sociedad, tales como intermediarios, familiares, proveedores de servicios, y clientes.

Asimismo, colaboran a la proliferación de la victimización infantil los distintos miembros de la sociedad civil y miembros de las Instituciones del Estado, en sus diversas funciones, en cuanto ignoran las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas y mantienen actitudes y valores que consideran a los niños, niñas y adolescentes como mercancías económicas, negando su calidad de sujetos de derecho.

La ESCNNA se funda en conceptos disvalorantes de la infancia que implican una forma de sometimiento del niño al adulto, forma de sometimiento que no sólo está presente en los tipos penales que se analizaron a propósito de las

cuatro formas de manifestación del fenómeno, sino que se refiere a estilos relacionales abusivos que muchas veces están presentes en las historias vitales de los niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato y violencia sexual.

Es primordial para los operadores del sistema penal y proteccional comprender y reconocer la presencia de este fenómeno en la vida de un niño, de modo tal de poder reaccionar oportuna y adecuadamente para poner fin al abuso de poder y a la vulneración de derechos, así como, en mérito del daño sufrido por las víctimas, propender a que se aplique una sanción rigurosa a los explotadores.

BIBLIOGRAFÍA

- Araya, Denisse; Almendras, Ingrid; Ramírez, Alex; Vásquez, David; Magun, Alejandro. “Ya no tengo nada que esconder: Experiencias de reparación con niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial”; ONG Raíces, CAFOD y UNICEF, Santiago, octubre 2006.
- Araya Castelli, Denisse; Latorre Gaete, Patricia. “Prostitución Juvenil: Las Hijas del Desamor”. Santiago, 1997.
- Save The Children Suecia. “El cliente pasa desapercibido”. Informe periódico, Lima, Perú, marzo 2004.
- “Declaración y la Agenda para la Acción de Estocolmo”. Adoptada en el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Estocolmo, Suecia, 27 al 31 de agosto 1996.
- “Compromiso Global de Yokohama”. Adoptada en el Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Japón, 17 al 20 de diciembre de 2001.
- “Pacto del Río de Janeiro para Prevenir y Eliminar la Explotación Sexual de Niños y Adolescentes”. Adoptado en el Tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Río de Janeiro, Brasil del 25 al 28 de diciembre de 2008.
- Rivacoba y Rivacoba Manuel. “Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora con un estudio preliminar”; Valparaíso, 1974.

REINCIDENCIA EN PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS SEXUALES

Karen Guzmán Valenzuela¹

I.- Introducción

La delincuencia sexual representa una mínima proporción de las denuncias que ingresan al sistema de justicia criminal². No obstante lo anterior, en este tipo de delitos la cifra negra es elevada, pues muchos ilícitos sexuales que se cometen en la comunidad no son denunciados a la policía, por lo que no forman parte de las estadísticas oficiales (Redondo, 2008 y 2002; Marshall, 2001).

A pesar que los ilícitos sexuales presentan un escaso ingreso al sistema de justicia criminal, su comisión genera un gran impacto social (Redondo, 2002), así como suelen causar un importante daño a las víctimas³. Por otra parte, existe en la ciudadanía una creencia generalizada respecto a que la reincidencia en esta modalidad delictual es muy alta (Redondo, 2008). Estos y otros factores generan una especial preocupación en las autoridades para impedir que aquellas personas que cometen esta clase de delitos vuelvan a perpetrarlos.

En este contexto, y con la finalidad de aportar al conocimiento desarrollado en estas materias en nuestro país, a continuación se presentan los resultados obtenidos en un estudio exploratorio realizado sobre reincidencia de personas condenadas por delitos sexuales durante la Reforma Procesal Penal y se comparan estos hallazgos con aquellos que arrojan diversos estudios internacionales sobre el particular.

-
- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Según Redondo (2002), en España alrededor del 1% del total de delitos denunciados corresponde a delitos sexuales. En Chile, de acuerdo con los Boletines Estadísticos del Ministerio Público, el número de denuncias por delitos sexuales que ingresó al sistema en el transcurso del año 2009 fue de 18.612, lo que corresponde al 1,4% del total de delitos denunciados. Este porcentaje se ha mantenido en el tiempo, ya que en el año 2007 fue de un 1,4% y en el año 2008, de un 1,5%.
 - 3 Para profundizar en este punto, consultar Marshall, W. (2001). *Agresores Sexuales*. 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona, p. 21 y ss. y Echeburúa, E y Guerricaechevarría, C. (2000). *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*. 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona, p. 41 y ss.

II.- Concepto y tipos de reincidencia

En términos generales, se define la reincidencia como la comisión de un nuevo delito cuando previamente se ha cometido otro o varios (Luque, Ferrer y Capdevila, 2005), o como el porcentaje de delincuentes que ha vuelto a delinquir por lo menos una vez (Marshall, 2001).

En este sentido, si bien en una primera aproximación esta definición de reincidencia aparece como bastante simple, en la literatura especializada se han utilizado distintos conceptos de reincidencia (Luque, Ferrer y Capdevila, 2005) que enfatizan diferentes aspectos:

- **Reincidencia Policiaca:** Es aquella dada por la detención de una persona que se presume ha cometido uno o varios delitos en más de una oportunidad. Es una medida amplia de reincidencia, pues considera como tal todas las detenciones que pueden haber afectado a un sujeto.
- **Reincidencia Penal:** Es aquella que se presenta cuando una persona que ya ha sido juzgada y condenada por un delito vuelve a serlo por un nuevo delito. Es una medida más restringida de la reincidencia, ya que no todos los casos denunciados culminan en una condena.
- **Reincidencia Penitenciaria:** Es aquella en la que se considera como reincidente sólo a las personas que vuelven a prisión por los delitos cometidos después de salir del recinto carcelario por un primer caso. Se trata del concepto más limitado de reincidencia atendido que no toda persona condenada por un delito sufre una privación efectiva de su libertad.

Respecto de esta última acepción de reincidencia, los estudios internacionales que la utilizan persiguen dos finalidades: la evaluación de programas de tratamiento en el ámbito penitenciario, y la detección de factores de riesgo. Este último aspecto ha sido relevado por autores como Andrews (1989, citado por Luque, Ferrer y Capdevila, 2005), quien plantea que la identificación de los factores de riesgo de reincidencia permite asesorar más efectivamente a los tribunales sobre la peligrosidad real de los sujetos, e identificar los grupos de riesgo más alto y más bajo para administrar una condena y tratamiento en consecuencia.

La medición de la reincidencia no es fácil de realizar, no sólo porque se utilizan diversas definiciones de la misma, sino que también porque hay importantes dificultades para obtener cifras estadísticas completamente fiables. En este sentido, según el Servicio Correccional de Canadá (1993a y 1993b, citado por Luque, Ferrer y Capdevila, 2005) algunas de las dificultades asociadas al estudio de la reincidencia son las siguientes:

- No se puede obtener información real sobre la reincidencia pues los casos no detectados por el sistema policial escapan a nuestro control (la llamada cifra negra de delitos).
- Hay que establecer un límite temporal en los estudios lo que supone asumir que un grupo de sujetos puede reincidir fuera de ese límite. También, se debe fijar un límite espacial pudiendo producirse la reincidencia fuera de ese espacio.
- Las personas que reinciden y vuelven a prisión lo pueden hacer por un solo delito, aunque pudieron cometer más de uno, e incluso uno más grave que aquél por el cual entran a cumplir nuevamente.

Todos estos aspectos aconsejan que tanto la interpretación de los resultados obtenidos en los estudios de reincidencia, así como la comparación de los datos de diferentes investigaciones deban hacerse con cautela (Spohn y Holleran, 2002; Cottle et. ál., 2001; Sánchez Meca, 1996).

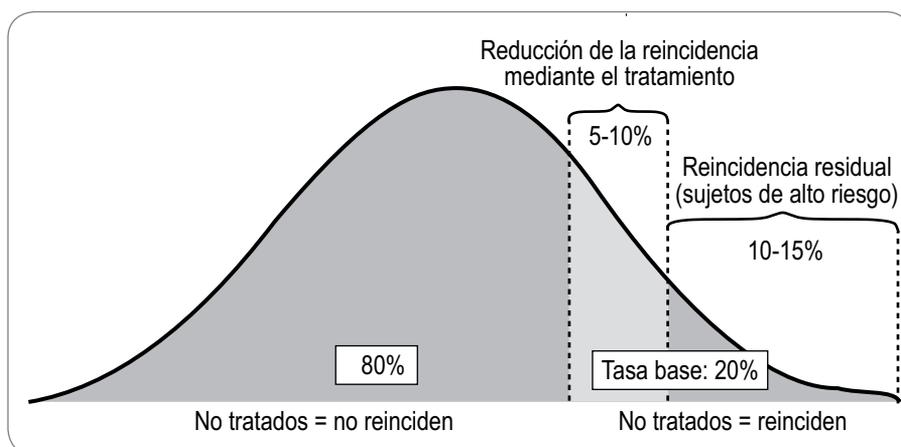
III.- La reincidencia en delitos sexuales

A partir de los años ochenta, se han realizado varios estudios sobre reincidencia en delitos sexuales. En estas investigaciones se han presentado las dificultades mencionadas en los párrafos anteriores, así como también múltiples problemas metodológicos que impiden una fácil comparación de los resultados de los diferentes estudios⁴. Estos aspectos han traído como consecuencia la obtención de diferentes tasas de reincidencia respecto de los delincuentes sexuales.

Garrido, Stangeland y Redondo (2006) señalan que la reincidencia de los delincuentes sexuales como grupo se sitúa alrededor del 20-30% y que suele ser menor que la de los delincuentes contra la propiedad. Sin embargo, estos autores afirman que hay un grupo de delincuentes sexuales llamados “persistentes” cuyos porcentajes de reincidencia, de acuerdo con diversos estudios, los sitúa en un rango que se extiende entre el 35% y el 75% (Lösel, 2002; Marshall et al, 1991, citado por Garrido, V., Stangeland, P.; Redondo, S. 2006; Redondo, 2002); de ahí que estos autores sostengan que los delincuentes sexuales presentan una gran variabilidad en materia de reincidencia específica (exclusivamente sexual), con una gran mayoría que no comete nuevos delitos o comete muy pocos y un reducido grupo con una elevada reincidencia.

El siguiente gráfico elaborado por Redondo (2008) ilustra de una forma clara la reincidencia en el caso de los delincuentes sexuales:

4 Para conocer mayores detalles de estas dificultades y la descripción de varios estudios efectuados sobre el particular, consultar Lösel, 2002.



Modelo sobre la magnitud de la no reincidencia/reincidencia en delincuentes sexuales no tratados y efectos del tratamiento en la reducción de la reincidencia. Fuente: Redondo (2008). Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes. Ediciones Pirámide, Madrid, p. 279.

El gráfico anterior da cuenta que alrededor del 80% de los sujetos no reincide (de los casos denunciados) y que en el 20% restante se puede reducir la tasa de reincidencia hasta la mitad con tratamiento. Sin embargo, hay entre un 10 y un 15% que corresponde a sujetos de alto riesgo y resistentes al tratamiento (Worling y Langström, 2006, citados por Redondo, 2008; Redondo, 2002 y 2008).

Otros autores como Hanson y Bussière (1998 citados por Pizarro, 2007) señalan que la tasa de reincidencia específica en delincuentes sexuales es de un 10% a un 15% después de 5 años en libertad, en tanto que Hanson y Morton-Bourgeon (2004) sitúan la reincidencia exclusivamente sexual en torno al 13,7%.

A pesar de las diferencias consignadas anteriormente respecto de la tasa de reincidencia, varios autores coinciden respecto a que el período de riesgo para un nuevo delito es bastante extenso para el caso de los agresores sexuales, a lo menos de 5 años (Hanson y Bussière, 1998 citados por Pizarro, 2007; CSOM, 2001; Hanson y Harris, 2004). Además, la frecuencia de los delitos y la probabilidad de reincidencia están estrechamente ligadas al tipo de víctima y al vínculo entre ésta y el agresor. Así, los padres que abusan de sus hijas, sin tener otras víctimas, son los que presentan tasas más bajas de reincidencia; los que han agredido a niñas y mujeres adultas fuera de la familia, presentan una tasa intermedia y, los que abusan de niños tienen una tasa más alta (Harris y Hanson, 2004; Quinsey et al., 1998, citado por Soler y García, 2009).

Sin lugar a dudas, la predicción de la reincidencia en delincuentes sexuales constituye un aspecto fundamental en el campo de la justicia criminal, pues en

muchos momentos se requiere tomar decisiones en relación con estas personas, tanto en la etapa de investigación, como en la dictación y cumplimiento de una sentencia. Así, por ejemplo, es fundamental conocer el riesgo probable de reincidencia al aplicar una suspensión condicional del procedimiento, al decidir sobre el otorgamiento de una determinada medida cautelar, al conceder algún beneficio para el cumplimiento alternativo a la privación de libertad, al otorgar la libertad condicional u otros beneficios intrapenitenciarios, como también al resolver sobre la adopción de medidas de protección para las posibles víctimas. En efecto, al resolver respecto de cualquiera de estas medidas o beneficios, contar con una evaluación de la probable reincidencia de la persona investigada, condenada o privada de libertad puede hacer la diferencia entre concederlas o denegarlas, optar por otros cursos de acción (buscar otro tipo de término en la investigación criminal, solicitar una medida cautelar más intensa, no otorgar ciertos beneficios alternativos al cumplimiento de la pena privativa de libertad o conceder uno más intensivo en su control, etc.).

A este respecto, si bien la comunidad internacional presenta un importante desarrollo en las investigaciones referidas a la reincidencia general, los estudios en Chile han sido escasos. La Unidad de Investigaciones Criminológicas de Gendarmería de Chile ha realizado estudios sobre el particular, siendo el último del año 2008 sobre tasa de reincidencia en el sistema de tratamiento en el medio libre en el que se comparan los resultados obtenidos con el sistema en medio cerrado durante el período 2003-2007. Sin embargo, en dicha investigación no se desagregaron los resultados por tipo de delito. En relación con la reincidencia sexual, no se han divulgado estudios sobre dicha temática (Macchino, 2007).

IV.- El presente estudio

Considerando la escasez de investigaciones en materia de reincidencia sexual en nuestro país, se estimó relevante realizar un estudio exploratorio acerca de las tasas de reincidencia sexual de personas condenadas por delitos sexuales durante la Reforma Procesal Penal, teniendo en cuenta la importancia que tiene esta temática para la toma de decisiones en el sistema de justicia criminal tanto en la etapa de la investigación como en la de dictación de la sentencia y en su posterior cumplimiento.

En este estudio se utilizó el concepto de reincidencia penal, esto es, aquella que se presenta cuando una persona que ya ha sido juzgada y condenada por un delito lo vuelve a ser por uno nuevo. Se optó por esta definición pues se consideró más precisa al constar de una forma fehaciente la comisión de un delito y, también, por la facilidad en el acceso a este tipo de información desde el Ministerio Público a diferencia de los datos de reincidencia penitenciaria. Además, se tomó en cuenta que en nuestro país no hay programas de tratamiento especialmente diseñados para atender a personas condenadas

por delitos sexuales y que se apliquen de manera sistemática en los recintos penitenciarios (Macchino, 2007), por lo que no es posible establecer como un objetivo relevante para este estudio la efectividad del tratamiento, lo que claramente es una de las finalidades que persiguen los estudios de reincidencia que adoptan el concepto de la reincidencia penitenciaria⁵.

i) Población y muestra

Las personas objeto de esta investigación fueron todas aquellas condenadas por delitos sexuales por tribunales orales en lo penal, desde el 16 de octubre de 2000 al 31 de diciembre de 2005, que hubieran cumplido su pena privativa de libertad, de conformidad con lo informado por Gendarmería de Chile al Servicio de Registro Civil e Identificación y habiendo quedado registro de tal cumplimiento en el respectivo certificado de antecedentes.

ii) Recolección de la información

En un primer momento, se realizó una recopilación de todas las sentencias definitivas de tribunales orales en lo penal en las que se condenó por delitos sexuales desde el 16 de octubre de 2000 al 31 de diciembre de 2005. Estas sentencias fueron compiladas desde la base de fallos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile y corresponden a 611 fallos.

Los delitos sexuales por los cuales condenaron los tribunales orales en lo penal durante el período ya señalado fueron los siguientes: violación del artículo 361 del C.P.; violación de menor del artículo 362 del C.P.; estupro del artículo 363 del C.P.; abuso sexual de los artículos 365 bis, 366, 366 bis⁶ y 366 quáter; sodomía del artículo 365; favorecimiento de la prostitución infantil del artículo 367; obtención de servicios sexuales de menores de edad, ultraje público a las buenas costumbres del artículo 373 del C.P., producción de material pornográfico infantil del artículo 366 quinquies, robo con violación del artículo 433 y violación con homicidio del artículo 372 bis, todos del Código Penal.

Con posterioridad, se consultaron las bases de datos del Servicio de Registro Civil e Identificación para identificar las personas que ya habían cumplido su

5 En su cuenta pública del 30 de noviembre de 2009, el entonces Director Nacional de Gendarmería de Chile señaló que en septiembre de 2009 se inició la implementación de un plan piloto para intervenir con penados que habían cometido una ofensa sexual en cinco CRS del país, a través del Programa de Intervención Diferenciada con Ofensores Sexuales del Sistema de Medio Abierto.

6 Para el caso del delito de abuso sexual de los arts. 366 y 366 bis, se consideró tanto aquel que contemplaba el Código Penal antes de la modificación del 14 de enero de 2004, así como el tipo penal establecido con posterioridad a dicha reforma. La diferencia entre uno y otro caso dice relación sólo con la extensión de la pena.

pena privativa de libertad (de aquellas que, de acuerdo a los fallos recopilados, habían sido condenadas por los delitos ya indicados), constando esta situación a Gendarmería de Chile y habiéndose registrado en el respectivo certificado de antecedentes. Cumplían esta condición 221 personas⁷. De este total, sólo 72 sujetos⁸ habían cumplido su pena privativa de libertad hacía más de 3 años⁹¹⁰. En estos casos, los delitos sexuales por los que fueron condenados correspondían a los de violación del artículo 361 N°1, violación de menor de edad del artículo 362, abuso sexual del artículo 366 y 366 bis, estupro del artículo 363 y, ultraje a las buenas costumbres del artículo 373 del C.P. El seguimiento de la reincidencia se efectuó respecto de este grupo.

Además, los antecedentes penales de estas 72 personas fueron cotejados con la información contenida en el sistema informático de apoyo a los fiscales del Ministerio Público (SAF), a fin de establecer posibles nuevas condenas que aún no estuvieran ingresadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dado el importante desfase de tiempo que existe entre la dictación de la sentencia y su efectivo registro en el certificado de antecedentes.

Finalmente, se consideró que había reincidencia cuando las personas que fueron sometidas a seguimiento cometían un nuevo delito sexual, cualquiera fuera su gravedad (crimen, simple delito o falta).

iii) Resultados del estudio

A continuación, se entregan los principales resultados obtenidos en el estudio realizado, ilustrándolos gráficamente para facilitar su comprensión.

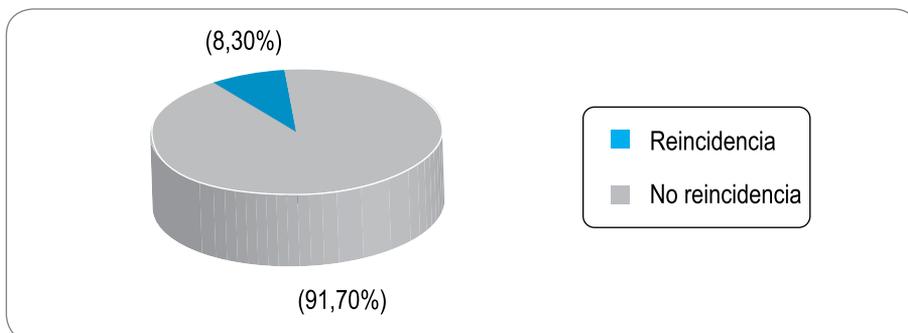
7 No se consideraron diez personas que fallecieron mientras cumplían su pena privativa de libertad.

8 No se consideraron siete personas que fallecieron durante el período de seguimiento y que habían cumplido su pena privativa de libertad, puesto que existía la probabilidad que estas personas hubieran reincidido si no hubieran fallecido.

9 Este período de tiempo se estableció sobre la base de los criterios internacionales utilizados en este tipo de investigaciones que aconsejan considerar a lo menos 5 años de seguimiento (Hanson y Bussière, 1998, citados por Pizarro, 2007; CSOM, 2001; Harris y Hanson, 2004) y también, considerando que el escaso tiempo que lleva en vigencia la Reforma Procesal Penal impide establecer, por ahora, un período más prolongado de seguimiento, de ahí que se optara por un período de seguimiento de 3 a 5 años desde que se había cumplido la pena privativa de libertad.

10 El período de seguimiento abarca desde que se cumplió la pena privativa de libertad hasta la recogida de datos para este estudio, esto es, el 31 de enero de 2010.

GRÁFICO N°1:
REINCIDENCIA DE PERSONAS CONDENADAS EN MATERIA
DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL

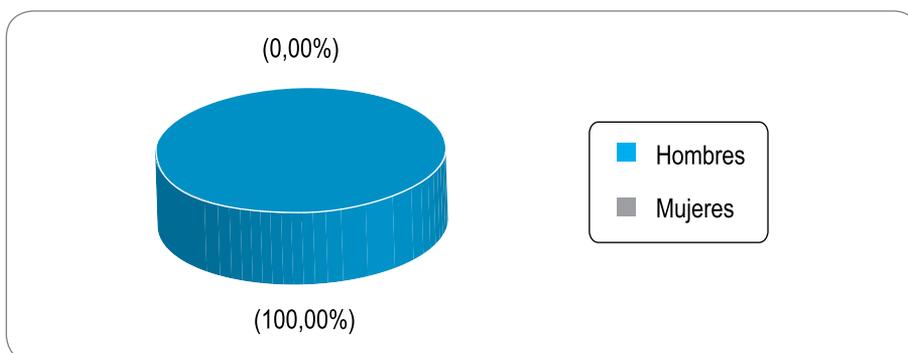


El 91,7 % de las personas condenadas por delitos sexuales a las que se les hizo seguimiento no había reincidido, de acuerdo con los datos oficiales, y a pesar de no haber recibido un tratamiento específico por el delito cometido.

De las 72 personas condenadas por delitos sexuales con pena cumplida y durante el período de seguimiento, seis habían sido condenadas nuevamente por un delito sexual, lo que equivale a una tasa de reincidencia específica del 8,3 %.

Es importante consignar que uno de los seis sujetos que reincidieron, tenía condenas por delitos sexuales anteriores a la primera condena dictada por un tribunal oral en lo penal. Las condenas eran por violación (1985) y abusos deshonestos (2001).

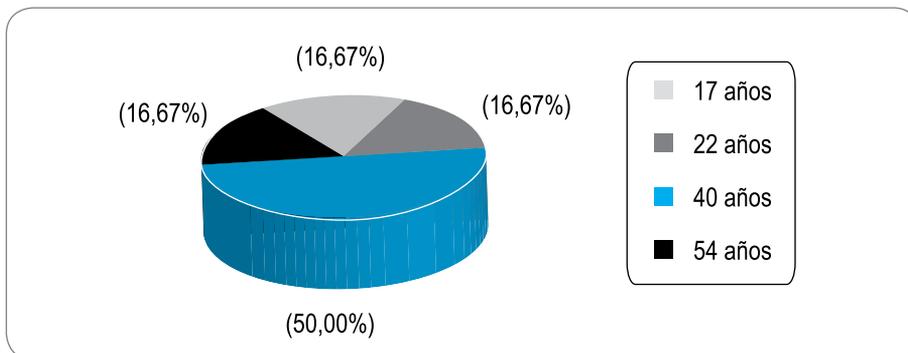
GRÁFICO N°2:
SEXO DE LAS PERSONAS QUE REINCIDIARON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES
DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



Como se observa en el gráfico, todas las personas que reincidieron eran hombres¹¹.

GRÁFICO N°3:

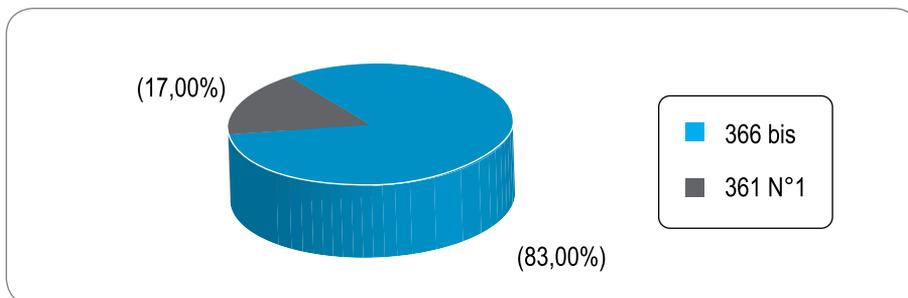
EDAD DE LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON AL MOMENTO DE SU PRIMERA CONDENA POR DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



El 50% de las personas que reincidieron tenía cuarenta años al momento de obtener su primera condena durante la Reforma Procesal Penal¹².

GRÁFICO N°4:

TIPO DE DELITO POR EL CUAL FUERON CONDENADAS POR PRIMERA VEZ LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL

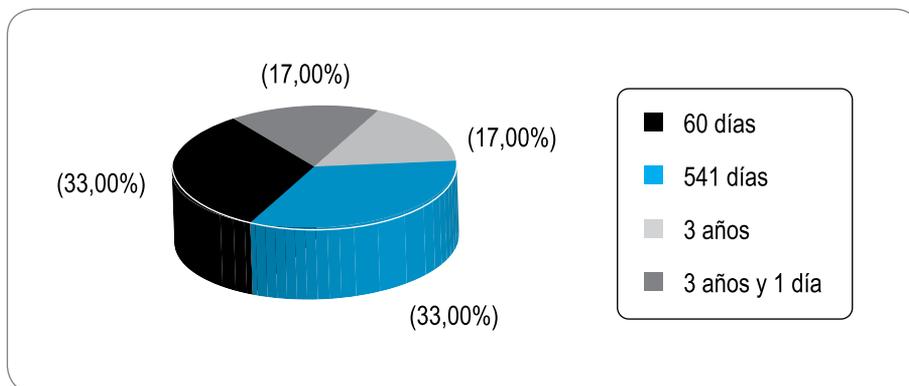


Tal como aparece en el gráfico, en un 83% de los casos el primer delito por el que fueron condenadas las personas que reincidieron en la Reforma Procesal Penal correspondió a un delito de abuso sexual infantil (art. 366 bis) y, en un 17%, a un delito de violación del art. 361 N°1.

11 Es importante señalar que dentro de los 611 casos revisados, sólo había tres mujeres condenadas por delitos sexuales, y ninguna de ellas había cumplido su pena al momento de realizar el seguimiento de los casos.

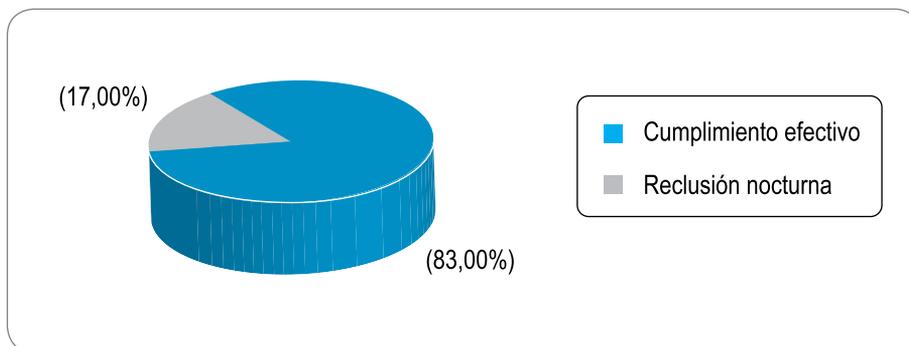
12 Específicamente, los sujetos tenían 40, 41 y 43 años, respectivamente.

GRÁFICO N°5:
PENA QUE SE IMPUSO EN LA PRIMERA CONDENA A LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



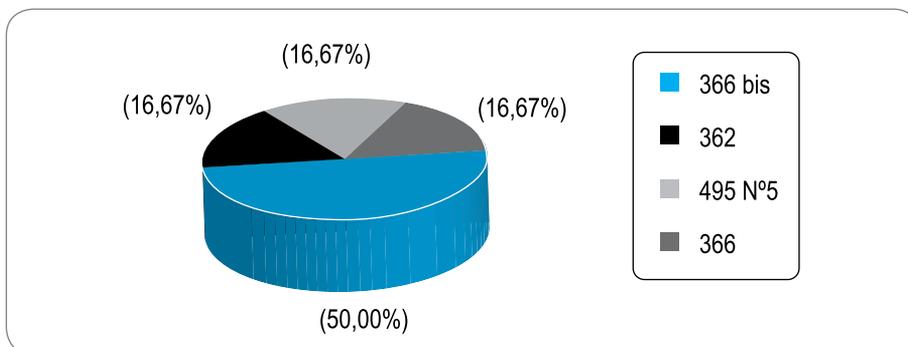
Como se observa en el gráfico, un 33% de las personas que reincidieron fueron condenadas a 541 días y otro 33% a 60 días de privación de libertad. Un 17% lo fue a 3 años y un día y el 17% restante a 3 años.

GRÁFICO N°6:
FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA PRIMERA CONDENA DE LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



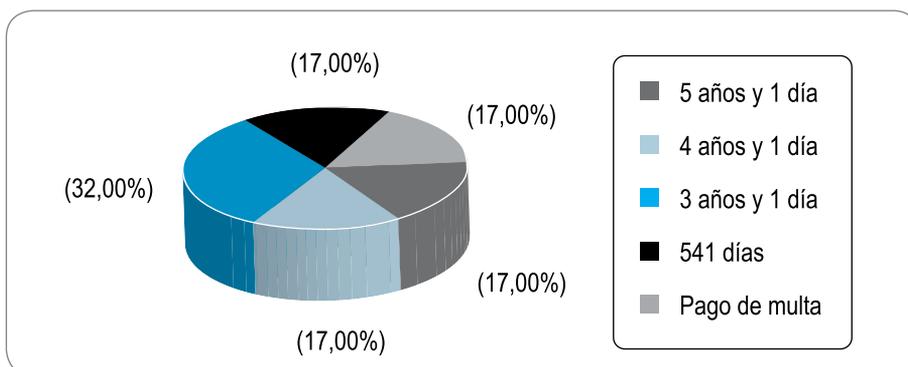
En la primera condena, el 83% de los casos cumplió efectivamente su pena privativa de libertad y sólo un 17% lo hizo a través de la reclusión nocturna.

GRÁFICO N°7:
TIPO DE DELITO POR EL CUAL FUERON CONDENADAS POR SEGUNDA VEZ LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



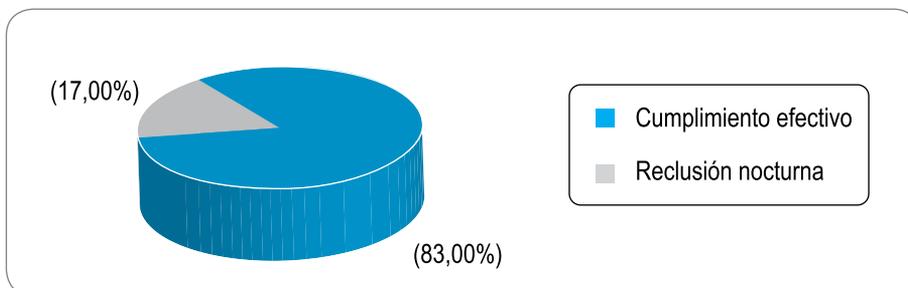
En un 50% de los casos, el segundo ilícito por el que fueron condenadas las personas que reincidieron fue un delito de abuso sexual infantil del art. 366 bis, lo que coincide con el primer delito sexual por el cual fueron sancionadas en un 33% de los casos. El resto fueron condenadas por el delito de abuso sexual del art. 366; por el delito de violación de menor de edad del art. 362 y por el delito-falta de ofensas al pudor del art. 495 N°5 del C.P.

GRÁFICO N°8:
PENA QUE SE IMPUSO EN LA SEGUNDA CONDENA A LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



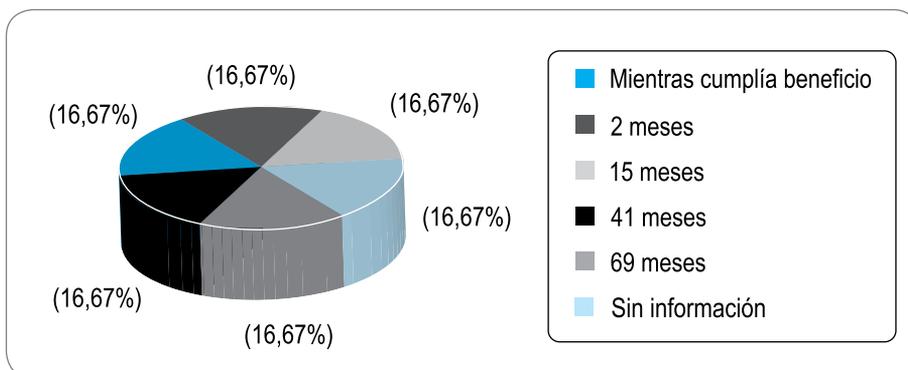
Tal como se observa en el gráfico, el 32% de las personas que reincidieron fueron condenadas en una segunda oportunidad a cumplir una pena de 3 años y un día, el resto lo fue a penas de 5 años y un día, 4 años y un día y 541 días de privación de libertad, y uno de ellos tuvo que pagar una multa de 2 UTM al ser condenado por el delito-falta de ofensas al pudor.

GRÁFICO N°9:
FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA SEGUNDA CONDENA DE LAS PERSONAS QUE REINCIDIERON EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL



El 83% de las personas que reincidieron cumplió efectivamente la segunda pena impuesta y un 17% lo hizo a través de la reclusión nocturna¹³.

GRÁFICO N°10:
TIEMPO QUE DEMORARON EN REINCIDIR LAS PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS SEXUALES DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL¹⁴



Como se observa en el gráfico, hay una gran variabilidad en el tiempo de reincidencia en delitos sexuales. Así en uno de los casos, la reincidencia se produjo cuando la persona condenada cumplía su pena a través del beneficio de la reclusión nocturna; en otro, la persona reincidió a los dos meses de haber cum-

13 Se consideró que el pago de una multa en el caso de la condena por un delito-falta de ofensas al pudor era cumplimiento efectivo, pues no existe posibilidad de aplicación de una pena privativa de libertad en este tipo de faltas.

14 En cuanto al tiempo que las personas demoraron en reincidir en materia de delitos sexuales es difícil establecer fechas exactas, especialmente, cuando la víctima es un niño o niña. Como consecuencia de lo anterior, se utilizaron dos hitos para fijar dicho período de tiempo: la fecha de cumplimiento efectivo de la primera condena y la fecha que aparece como de comisión del segundo delito, o la fecha de la denuncia cuando ésta fue tardía.

plido la primera condena y, en un tercero, a los casi 6 años después de haber cumplido su pena privativa de libertad.¹⁵

V.- Algunas conclusiones de este estudio

De acuerdo con los resultados obtenidos, y teniendo presente que se trata de un estudio exploratorio, un 8,3% de las personas condenadas por delitos sexuales, con pena cumplida y durante un período de seguimiento de tres a cinco años, reincidieron en la comisión de un nuevo delito sexual; todos ellos eran hombres y el 50% tenía cuarenta años al momento de su primera condena por delitos sexuales durante la Reforma Procesal Penal. El 83% de las personas que reincidieron había cometido un delito de abuso sexual infantil, de acuerdo con la primera condena obtenida durante la Reforma Procesal Penal; el 34% cumplió una pena privativa de libertad de tres años o más por su primera condena, y un 83% cumplió efectivamente su pena privativa de libertad.

Un 50% de las personas condenadas por delitos sexuales, con pena cumplida y durante el período de seguimiento, fueron condenadas en su segunda condena por un delito de abuso sexual infantil. Un 66% fue condenada a una pena privativa de libertad de 3 años y un día o más y, en un 83% de los casos, se decretó un cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

Finalmente, y de acuerdo con los resultados de este estudio, se presenta una gran dispersión respecto del tiempo que demoraron las personas condenadas por delitos sexuales en reincidir.

La tasa de no reincidencia obtenida en esta investigación es de un 91,7%, y la tasa de reincidencia es de un 8,3%; tasa que es inferior a aquella indicada en diversas investigaciones internacionales (20 a un 30%; de un 10% a un 15% después de 5 años en libertad, o en torno al 13,7%), lo que puede tener varias explicaciones relacionadas con las limitaciones de este estudio y que se desarrollan en los párrafos siguientes.

Las limitaciones presentes en este estudio exploratorio que hacen necesario interpretar con cautela sus resultados son los siguientes:

- Sólo se han incorporado a la muestra las personas condenadas por delitos sexuales por tribunales orales, los que conocen generalmente los casos más graves, dejando fuera a aquellas personas condenadas mediante un procedimiento abreviado que supone un reconocimiento de los hechos y la aplicación de una pena privativa de libertad no superior a 5 años. No obstante lo anterior, durante el período de seguimiento, y para efectos

15 En el caso del porcentaje correspondiente a “sin información”, no se cuenta con el dato exacto de la fecha de cumplimiento de la primera condena del condenado, por lo que se ha preferido omitir este dato, sin perjuicio de lo cual cabe agregar que la primera pena fue de 541 días y el imputado reincidió en aproximadamente en 14 meses.

de establecer la reincidencia, se tomaron en cuenta todo tipo de sujetos, cualquiera fuera el procedimiento por el cual se hubiera dictado una segunda sentencia: ordinario, abreviado, simplificado o monitorio.

- La muestra fue pequeña considerando el escaso período de vigencia de la Reforma Procesal Penal en nuestro país. Además, el período de seguimiento fue breve, teniendo como referencia el mínimo internacional para realizar el seguimiento (5 años) una vez cumplida la condena. Por estas razones no es posible generalizar los resultados y se hace indispensable realizar otros estudios que consideren una mayor muestra y un período de seguimiento más prolongado, pues la curva de reincidencia en delitos sexuales no se aplana tanto, sino que sigue produciéndose un gran número de nuevos delitos tras largos períodos de tiempo (Lösel, 2002).
- Los resultados obtenidos quedan supeditados al hecho que los delitos que se entienden cometidos por las personas objeto de seguimiento son aquéllos denunciados al sistema, por lo que la denominada cifra negra –que es importante en materia de delincuencia sexual– no es incorporada.

Por otra parte, si bien existe un cierto acuerdo en la comunidad científica respecto a la existencia de un porcentaje de agresores sexuales altamente resistente al tratamiento y que persiste en su conducta delictual, como en nuestro país no hay un tratamiento especialmente diseñado para delinquentes sexuales adultos no es posible afirmar que este 8,3% de tasa de reincidencia corresponda necesariamente a casos de delinquentes sexuales persistentes.

Teniendo presente la tasa de reincidencia obtenida y el hecho que la mayoría de las veces el segundo delito cometido es en contra de un niño o niña, se hace indispensable implementar la aplicación de diversos instrumentos que permitan identificar aquellas personas que tienen un alto riesgo de reincidencia para tomar decisiones más racionales a su respecto por parte del sistema de justicia criminal, tanto en la etapa de la investigación, como en la dictación de la sentencia y durante su ejecución, y así evitar o disminuir el riesgo de reincidencia de este tipo de delinquentes y el consiguiente daño que causan a sus víctimas.

A la luz de los resultados alcanzados en otros países respecto del tratamiento a los delinquentes sexuales, se requiere establecer un programa especialmente diseñado para este grupo de personas que permita identificar factores de riesgo de reincidencia, de modo que aquellos que presentan un alto riesgo de reincidir, a pesar de haberse sometido a tratamiento, estén sujetos a un riguroso control, incluso cuando ya hayan salido en libertad. Este grupo de agresores sexuales plantea importantes desafíos en múltiples ámbitos del sistema de justicia criminal, por ejemplo, requiere un perfeccionamiento del sistema de penas especiales accesorias en materia de delitos sexuales establecido en el art. 372

del C.P., particularmente en lo que dice relación con la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la inhabilitación para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucran una relación directa y habitual con personas menores de edad, a fin que realmente funcionen como un mecanismo de control y prevención de la reincidencia sexual.

VI.- Referencias bibliográficas

- Cottle, et al. (2001). The prediction of criminal recidivism juvenils. Dins Criminal Justice and Behavior, pp. 367-394.
- Echeburúa, E y Guerricaechevarría, C. (2000). Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico. 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona.
- Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S. (2006). Principios de Criminología. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Harris, A. y Hanson, R. K. (2004). Sex Offender Recidivism: A simple Question. Public Safety and Emergency Preparedness Canada.
- Hanson, R. K. y Morton- Bourgon, K. (2004). Predictors of sexual recidivism: an updated meta-analysis. Department of the Solicitor General Canada.
- Lösel, F. (2002). ¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales? en Redondo (coord.) (2002). Delincuencia sexual y sociedad. 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 361-445.
- Luque, E., Ferrer, M. y Capdevila, M. (2005). La reincidència penitenciària a Catalunya. Número 25. Colección Justicia y Sociedad. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona.
- Macchino, M. (2007). Defensoría Penal Pública. Departamento de estudios y proyectos. Delitos sexuales y prevención terciaria. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Número 11, Diciembre, Gendarmería de Chile, pp. 83-115.
- Marshall, W. (2001). Agresores sexuales. 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona.
- Pizarro, A. (2007). Evaluación del riesgo de reincidencia para agresores sexuales. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Número 11, Diciembre, Gendarmería de Chile, pp. 39-55.
- Redondo, S. (2008). Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes. Ediciones Pirámide, Madrid.

- Redondo, S. (coord.) (2002). *Delincuencia sexual y sociedad*. 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona.
- Sánchez Meca, J. (1996). *Evaluación Internacional de la Reincidencia*. Número 15. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. Colección Justicia y Sociedad. Barcelona.
- Soler, C. y García, C. (2009). *Delincuencia sexual y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña*. Documentos de trabajo, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona.
- Spohn, y Holleran, (2002). The effect of imprisonment on recidivism rates of felony offenders: a focus on drugs offenders. *Dins Criminology*, vol. 40, N°2, pp. 329-353.
- UNICRIM (2008). *Tasas de reincidencia: Sistema de tratamiento en el medio libre. 2003-2007*. Unidad de Investigaciones Criminológicas, GENCHI, Ministerio de Justicia, Santiago de Chile.
- CSOM, (2001). *Recidivism of sex offenders*. Consultado el 8 de marzo de 2010 en www.csom.org./pub/recidsexof.html

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
LAVADO DE DINERO, DELITOS
ECONÓMICOS Y CRIMEN
ORGANIZADO

SOBRE LA VIGENCIA DEL DELITO DE TALA ILEGAL

Marcos Contreras Enos¹

I. Introducción

Cuando el legislador, en diferentes momentos, dicta regulaciones que, *prima facie*, se superponen en torno al objeto de regulación de modo contradictorio², y las incompatibilidades normativas que de ese hecho se pueden generar no se solucionan por el expediente de la derogación expresa, se plantea un problema de seguridad jurídica, “en el sentido de falta de certeza o conocimiento claro de las normas vigentes, y derivadamente, de desigualdad en la aplicación de la ley, pues si la valoración de la derogación de una norma se deja en manos de los operadores jurídicos, es muy posible que no todos ello la estimen unánimemente derogada (o no derogada)”³. Una situación tal sitúa “a los operadores jurídicos, y al mismo ciudadano, ante un desconcierto de normas que hace difícil saber cuál es en cada momento la regulación de una materia”⁴.

Un escenario como el descrito en el párrafo anterior, es el que se ha suscitado con la dictación de la Ley 20.283, sobre Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal⁵, ya que ese hecho ha generado dudas en torno a la vigencia de los tipos penales contemplados en el artículo 5º en relación con el artículo 21 del D.S. 4.363 de 1931, que aprueba texto definitivo de la Ley de Bosques (en adelante, “Ley de Bosques”)⁶. La cuestión es de la mayor relevancia, dado que si se afirma que las figuras del artículo 8º transitorio de la Ley 20.283, que

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Situación denominada, en el contexto de la obra de Hans Kelsen, como conflicto diacrónico entre normas del mismo grado, *vid.* AGUILÓ, Josep, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen”, en *Doxa*, N°10, 1991, pp. 238 y 239, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>.
- 3 GASCÓN, Marina, “Cuestiones sobre la derogación”, en *Doxa*, N°15-16, 1994, p. 859, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>.
- 4 *Ibid.*
- 5 Ley promulgada el 11 de julio del 2008 y publicada el 30 de julio del mismo año y que tiene como objetivos, según su artículo 1º, “la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental”.
- 6 Artículo 5º D.S. 4.363. “Se prohíbe:
 - 1º La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga origen hasta aquel en que llegue al plan;
 - 2º La corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los manantiales que nazcan en terrenos planos no regados”;

supuestamente se superponen a las figuras del artículo 5° de la Ley de Bosques, han derogado esta última disposición, habría operado una despenalización de las conductas allí descritas. Ello, toda vez que el artículo 53 de la Ley 20.283 establece que la corta no autorizada de bosque nativo con infracción al artículo 8° transitorio se sanciona con multa, estableciendo el artículo 45, a su vez, que la aplicación de las multas establecidas en la Ley 20.283, es competencia de juez de policía local.

Una primera solución, la más simple, frente a una sucesión de regulaciones que no han sido articuladas por medio de una derogación expresa, consiste en estimar que la regulación posterior derogó orgánicamente las regulaciones previas. Respecto al tema que nos convoca, dicha solución ya ha sido esbozada por algunas defensas⁷. Así, se ha sostenido que la Ley 20.283 derogó orgánicamente la Ley de Bosques, por lo que, consecuentemente, también habría derogado los tipos penales establecidos en el artículo 5° en relación con el artículo 21 del mismo cuerpo legal. Este tipo de argumentaciones, normalmente, suele asumir como evidente y obvia la existencia de la derogación orgánica, razón por la cual la institución de la derogación en general, y de la derogación orgánica en particular, no reciben un tratamiento pormenorizado. En vistas de ello, en este artículo, en primer término, nos abocaremos al análisis de la derogación en abstracto, para luego, y a la luz de dichas consideraciones, analizar si las hipótesis típicas del artículo 5° de la Ley de Bosques fueron objeto de algún tipo de derogación.

II. Algunas consideraciones sobre la derogación

1. De la distinción entre derogación expresa y tácita

La derogación se encuentra regulada en los artículos 52 y 53 del Código Civil que, al efecto, disponen:

Artículo 52. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

^{3°} La corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%”.

No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley N°701, de 1974”.

Artículo 21 D.S. 4.363. “La corta o destrucción de árboles y arbustos, en contravención a lo establecido en el artículo 5°, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a veinte sueldos vitales mensuales”.

7 Por ejemplo, en la investigación RUC N°800591106-1, se emitió un informe en derecho por parte de la defensa, titulado “Ley de Fomento y Recuperación del Bosque Nativo y derogación orgánica de la Ley de Bosques”.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 53. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

De la lectura de los artículos transcritos se colige que el Código Civil distingue entre dos tipos de derogación, a saber, la expresa y la tácita. La derogación será expresa “cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”, mientras que será tácita “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”. Respecto a este último tipo de derogación, el artículo 53 señala que “deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

La regulación reseñada ha inducido a la doctrina civilista a sostener que la derogación expresa y la tácita son dos especies de un mismo género y las únicas especies de derogación, doctrina que considera que el fundamento de la distinción se encuentra en el hecho de si legislador ha manifestado o no explícitamente su voluntad en orden a que producirán efecto derogatorio⁸.

Esa postura, sin embargo, sería insatisfactoria, ya que no sería correcto considerar que la diferencia entre ambos tipos de derogación se encuentra en la forma en que ella se manifiesta: explícitamente en el caso de la derogación expresa, e implícitamente en el caso de la derogación tácita⁹. En efecto, hay casos de derogación explícita en el sentido del artículo 52 que son casos de derogación tácita¹⁰. Por lo demás, la distinción no es exhaustiva, ya que hay formas de derogación que no son ni expresas ni tácitas sino *sui generis*,¹¹ como por ejemplo –según se verá más adelante–, la derogación orgánica.

Se habla de derogación expresa cuando la derogación de una norma se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación (por ejemplo: “queda derogado el artículo X de la ley Y”)¹².

8 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N°18, 2000, Edeval, p. 228.

9 *Ibid.*

10 Es el caso de la derogación explícita por razón de incompatibilidad, caso que corresponde a las reglas que usualmente se encuentran al final de una ley que efectúa una reforma de envergadura y que tienen la siguiente forma: “Deróganse todas las normas incompatibles con lo dispuesto en la presente ley”. *Vid.*, Bascuñán, *id.*, pp. 251 y 252.

11 *Id.*, p. 229.

12 GUASTINI, R., “In tema di abrogazione”, en *L'Abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, C. Luzzati (coord.), Giuffrè, Milán, 1987, p. 7, cit. por GASCÓN, *op. cit.*, p. 850.

En otros términos, se puede señalar que la derogación expresa es la pérdida de vigencia de una norma mediante un acto que se concreta en el establecimiento de una disposición¹³ que se denomina “disposición derogatoria”¹⁴. La definición anterior pone de relieve que el efecto de la derogación expresa es la pérdida de vigencia de la norma jurídica derogada, lo que genera como consecuencia que si la disposición derogatoria pierde su vigencia ello no hace que la norma derogada recobre su vigencia.

La derogación tácita, en tanto, no se produce por el establecimiento de una disposición derogatoria, sino que por la incompatibilidad entre normas producidas en distintos momentos temporales¹⁵. En esa perspectiva, se puede señalar que la derogación tácita es el acto (o su efecto) de aplicación de un criterio de solución de conflictos de normas conforme al cual, si dos normas aplicables a un mismo caso resultan incompatibles entre sí, y si han entrado en vigencia en distintos momentos, entonces la norma posterior debe ser preferida a la norma anterior¹⁶. En razón de lo anterior, el efecto que genera la derogación tácita no es el mismo que se suscita por la derogación expresa, esto es, la eliminación de la norma derogada en el sentido de su pérdida de vigencia. La derogación tácita sólo implica la inaplicabilidad de una norma como correlato de la prevalencia de otra, en cuanto *lex posterior*. En efecto, como la derogación tácita tiene lugar en el nivel de las consecuencias de la solución de un conflicto de normas, entonces debe asumirse en principio que la *lex anterior* nunca ha sido eliminada del sistema jurídico¹⁷. Corolario de lo anterior es considerar que los efectos de la derogación tácita son provisorios, de modo tal que la sobreviniente pérdida de vigencia de la *lex posterior* restablece la plena vigencia de la *lex anterior*¹⁸.

La derogación tácita presenta características que exigen mucha cautela en su operatividad porque, a diferencia de la derogación expresa, necesita un procedimiento de estudio e interpretación destinado a establecer qué leyes, y dentro de ellas qué disposiciones, deben estimarse abrogadas por resultar inconciliables con la nueva ley, comportando un riesgo evidente para la seguridad jurídica. Por un lado, para los destinatarios de la norma sería muy difícil saber cuál es la legislación vigente y, por otro, los jueces, en sus labores de intérpretes de las leyes, pueden llegar a conclusiones diversas acerca de este punto, aplicando distintas leyes, según el parecer de cada uno. Además, el principio

13 *Id.*, p. 231.

14 Ahora bien, no es necesario que la ley explicita el efecto derogatorio para que la derogación sea expresa, ya que también puede haber derogación de este tipo cuando la ley ordena sustituir una disposición por otra, o modificarla en un determinado sentido. *Id.*, p. 234.

15 GASCÓN, *ob. cit.*, p. 851.

16 *Id.*, pp. 236 y 237.

17 *Id.*, p. 240.

18 *Id.*, pp. 239 y 240.

de separación de poderes también podría ser amenazado si algunos jueces se negaren a aplicar una ley por estimarla inconciliable con otra posterior, cuando la pretendida incompatibilidad no sea tal¹⁹.

Para finalizar este acápite, valga una precisión terminológica. El hecho de que existan diferencias tan palmarias entre la naturaleza y los efectos de la derogación expresa y la tácita podría hacer que se cuestionase que ambas instituciones se denominen con el mismo término. Sin embargo, la denominación común se explica por la ambigüedad de la expresión “derogación”. En efecto, dicha expresión significa, en primer término, el efecto propio de la derogación expresa, esto es, la pérdida de vigencia de una norma; sin embargo, también se la utiliza para referirse a la inaplicabilidad o preterición de una norma como correlato de la prevalencia o carácter preferente de otra²⁰.

2. De la derogación orgánica

La doctrina denomina de este modo los casos en que interpretativamente se asigna a una reforma legislativa un carácter tal que se entiende justificado considerar derogadas las normas preexistentes sobre la misma materia, aunque no sean incompatibles con el nuevo cuerpo de normas²¹.

La doctrina civilista ha entendido que la derogación orgánica es una especie de derogación tácita. En ese sentido, y dando cuenta de esa representación generalizada, Alessandri/Somarriva/Vodanovic, sostienen que “Muchos autores consideran la derogación orgánica como una especie de derogación tácita, porque dicen que toda ley que viene a regular totalmente una materia regulada por otra ley anterior, contiene en sus preceptos una incompatibilidad implícita con cualesquiera otros que versen sobre el mismo asunto”²². En el mismo sentido, Vodanovic²³ sostiene que la derogación orgánica es una especie de derogación tácita que existe cuando una materia ya regulada por una o más leyes, con posterioridad, es regulada de nuevo y en forma completa por otra ley, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de la ley o leyes primitivas y las de la nueva, caso en el que hay una incompatibilidad no de las normas singulares de ambas leyes sino una global entre los dos sistemas orgánicos, razón por la cual la derogación orgánica se mira como una especie de la derogación tácita.

19 OLIVER, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Ed. Jurídica, Santiago, 2007, pp. 38 y 39, con mayores referencias.

20 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 237.

21 *Id.*, p. 255

22 ALESSANDRI, Arturo, *et al*, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, t. I, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 206.

23 VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. I, Ed. Jurídica Conosur Limitada, 1996, pp. 124 y 125.

La concepción esbozada en el párrafo anterior es errónea ya que considera a la derogación orgánica como una forma de derogación tácita²⁴. Sin embargo, el artículo 53 del Código Civil enfáticamente establece que la derogación tácita no es sólo derogación implícita, sino además una derogación por incompatibilidad, o sea, una regla de solución de antinomias²⁵, es decir, de un conflicto entre dos disposiciones jurídicas y no entre “dos sistemas orgánicos”. En consecuencia, es claro que Código Civil no admite esta forma de derogación²⁶.

Según Bascuñán²⁷, la razón del surgimiento y desarrollo de la doctrina de la derogación orgánica es obvia: ella permite al tribunal liberarse de la pesada carga que implica el deber de dar cuenta del orden normativo preexistente y el nuevo orden normativo, y establecer con precisión sus relaciones de compatibilidad e incompatibilidad.

Desde esta perspectiva, la derogación orgánica, de ser acogida por un órgano jurisdiccional, constituye una autoliberación de una carga argumentativa que éste debe satisfacer, no siendo correcto sostener que dicha autoliberación es jurídicamente válida. En efecto, como ya se señaló, la regulación que el Código Civil hace de la derogación no admite la posibilidad de su existencia. Por lo demás, los casos en que la jurisprudencia habría admitido la institución son escasos y poco concluyentes (y, en todo caso, el reconocimiento jurisprudencial no basta para justificar la validez de la institución)²⁸.

En razón de lo enunciado hasta este punto, no cabe sino concluir que, siendo ya problemática la aplicación de la derogación tácita a normas penales, a pesar de encontrarse consagrada por el Código Civil, la derogación orgánica simplemente no podría invocarse en sede penal, si ni siquiera se encuentra consagrada respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

24 Esa consideración se deriva de: a) estimar que la distinción entre derogación expresa y tácita es exhaustiva, y b) la imposibilidad de considerar a la derogación orgánica como una forma de derogación expresa, ya que en este caso el legislador no dice expresamente que deroga la ley anterior.

25 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 256.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 257. En efecto, ALESSANDRI *et al.*, *ob. cit.*, p. 206, citan dos casos jurisprudenciales. Respecto del primero, el más reciente, (*Vargas Granger contra Municipalidad de Santiago*, Corte de Apelaciones de Santiago [reclamo contra acuerdo municipal], 7 de junio de 1935, Corte Suprema [casación en el fondo], 13 de enero de 1937, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XXXIV [1937] 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 195-200), Bascuñán señala que no se acoge abiertamente la doctrina de la derogación orgánica, sino que se afirma que una ley general posterior deroga tácitamente a una ley general anterior, y se constata una incompatibilidad entre dos cuerpos de leyes sobre Municipalidades. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 257, n. marg. 33.

III. Sobre la posible derogación (tácita) de las figuras previstas en el artículo 5º en relación con el artículo 21 de la Ley de Bosques

Descartada la posibilidad de afirmar una derogación orgánica cabe preguntarse si la entrada en vigencia de la Ley 20.283 ha derogado tácitamente las hipótesis típicas del artículo 5º de la Ley de Bosques.

En esa perspectiva, como se señaló con anterioridad, como la derogación tácita opera cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, es preciso contrastar o comparar las disposiciones, para, luego de ese proceso, determinar si se presenta o no la incompatibilidad normativa o antinomia que constituye el presupuesto necesario para que operen los efectos de la derogación tácita. A ello nos abocaremos en lo que sigue.

1. Sobre la posible derogación de la hipótesis del N°1 del artículo 5 de la Ley de Bosques

El artículo 5 de la Ley de Bosques, en su numeral 1º, establece que “Se prohíbe:

1º La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga origen hasta aquel en que llegue al plan”.

La disposición de la Ley 20.283 que debe contrastarse con el artículo 5 N°1 de la Ley de Bosques, para efectos de determinar si ha operado una derogación tácita de esta última disposición por existir incompatibilidad con una normativa nueva, es la establecida en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 8º transitorio de la Ley 20.283, que señala:

“Prohíbese la intervención de árboles y arbustos nativos en los terrenos aledaños a manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua, en las distancias que se señalan a continuación, medidas en proyección horizontal en el plano:

a) Cauces permanente en cualquier zona del país de caudal medio anual mayor a 0,14 metros cúbicos por segundo: 25 metros.

b) Cauces no permanentes en zonas áridas o semiáridas de caudal medio anual mayor a 0,08 metros cúbicos por segundo: 15 metros.

En los cauces a que se refieren los literales a) y b) cuyos caudales sean inferiores a los señalados en los mismos, habrá una zona de exclusión de 5 metros a cada lado del cauce, de la forma señalada en el inciso precedente de este artículo.

En el caso de los manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua no permanentes localizados en otras zonas del país, se establece una zona de protección de 5 metros a cada lado en los terrenos aledaños a éstos. En dicha zona de protección las intervenciones de corta deberán asegurar la mantención de un 60% de cobertura. La Corporación podrá aumentar hasta el doble o disminuir a la mitad las distancias señaladas en los literales a) y b), del inciso tercero de este artículo, en función de las condiciones pluviométricas, del tamaño de la cuenca, de la magnitud del caudal y de la fragilidad de los suelos”.

Una vez delimitadas las disposiciones que deben ser contrastadas, cabe señalar, en torno al *objeto de la acción*, que tanto en el numeral 1° del artículo 5 de la Ley de Bosques como en el artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, éste está constituido por “árboles y arbustos nativos”. Sin embargo, tanto en una como en otra disposición, no se trata de cualquier árbol y arbusto nativo, sino de aquellos ubicados en determinados lugares.

Así, el N°1 del artículo 5 de la Ley de Bosques se refiere a árboles y arbustos nativos “situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga origen hasta aquel en que llegue al plan”. El artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, en tanto, no hace referencia sólo a árboles y arbustos nativos situados en las cercanías de manantiales, sino que también a árboles y arbustos nativos situados en los terrenos aledaños a cuerpos y cursos naturales de agua. Por lo demás, las distancias en las que la conducta objeto de la regulación se encuentra prohibida, no son las mismas que en el caso de la Ley de Bosques, distinguiéndose al efecto entre cauces permanentes y no permanentes y entre estos últimos según se ubicasen en zonas áridas o semiáridas o en otras zonas.

De este modo, se detecta una primera diferencia entre las regulaciones comparadas. Sin embargo, donde se presenta la diferencia más relevante entre el ilícito del N°1 del artículo 5 de la Ley de Bosques y el artículo 8° transitorio de la Ley 20.283 es en la descripción de la *conducta* prohibida, ya que mientras el primero proscribe la “**corta** de árboles y arbustos nativos”, el segundo prohíbe la “**intervención** de árboles y arbustos nativos”.

Este es un aspecto de la mayor relevancia para efectos de verificar si ha operado o no una derogación tácita, toda vez que esta distinta forma de describir la conducta prohibida hace imposible que se pueda afirmar tal derogación, al no verificarse la antinomia o incompatibilidad de normas requerida por ella. En efecto, la corta de árboles es una conducta distinta a su alteración, por lo que las normas en comparación no regulan el mismo supuesto de hecho.

De este modo, la corta de los árboles y arbustos nativos situados en los lugares señalados por la norma configurará el ilícito del N°1 del artículo 5 de la Ley

de Bosques, pudiendo dar lugar a la correlativa responsabilidad penal. De otro lado, la intervención de árboles y arbustos nativos (entendida, en principio, como cualquier afectación a su integridad, distinta de su corta) situados en los lugares indicados por la noma respectiva, dará lugar a la configuración del ilícito del artículo 8º transitorio de la Ley 20.283, ilícito cuyo conocimiento, según el artículo 45 del mismo cuerpo legal, es de competencia de los Juzgados de Policía Local.

Esta interpretación articula de modo razonable la relación entre el ilícito penal y el infraccional, toda vez que la conducta consistente en la corta de árboles o arbustos nativos afecta más intensamente tanto al objeto de la acción (objeto material del delito) como al bien jurídico protegido por el mismo (objeto jurídico del delito) que la conducta consistente en la intervención de los mismos²⁹. Consecuentemente con ello, dada la mayor gravedad de la primera conducta, ella configura un ilícito penal, mientras que la segunda conducta, configura un ilícito meramente infraccional. Con ello se respeta plenamente el carácter fragmentario del Derecho Penal³⁰, así como el principio de proporcionalidad de las penas³¹.

2. Sobre la posible derogación de la hipótesis del N°2 del artículo 5º de la Ley de Bosques

El artículo 5 de la Ley de Bosques, en su numeral 2º, establece que “Se prohíbe:

2º La corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los manantiales que nazcan en terrenos planos no regados”;

La disposición a contrastar es la misma que se transcribió en el punto anterior (incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 8º transitorio de la Ley 20.283), por lo que estimamos innecesario reproducirla nuevamente e instamos, de ser necesario, a remitirse a dicha transcripción.

29 En torno a la relación entre bien jurídico y objeto de la acción Roxin señala que “Bien jurídico [...] es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”, ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, T. I. Fundamentos. Las estructura del Delito*. Civitas, Madrid, 1997, p. 63.

30 El carácter fragmentario del Derecho Penal deriva de la limitación del Derecho a lo estrictamente necesario e íntegro, junto con el principio de subsidiariedad, el llamado principio de intervención mínima. La afirmación del carácter fragmentario del Derecho Penal significa que éste no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 123.

31 En virtud de dicho principio se exige que la pena sea proporcionada al delito y que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia del hecho. *Id.*, p. 133.

En cuanto a la comparación entre ambas disposiciones, cabe manifestar que se presenta una diferencia en torno al **objeto de la acción**, toda vez que éste está constituido por “*arbolados*” en el caso del N°2 del artículo 5 de la Ley de Bosques y por “*árboles y arbustos nativos*” en el caso del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, sin perjuicio de que se presenten, además, diferencias en cuanto a la ubicación tanto de unos como de otros, aspecto acerca del cual nos remitimos a lo señalado en el punto anterior.

Sin embargo, y al igual que en el caso de la comparación anterior, el punto decisivo lo constituye el hecho de que ambas disposiciones prohíben **conductas** distintas, por lo que no es posible apreciar a su respecto una incompatibilidad. En efecto, mientras el N°2 del artículo 5 de la Ley de Bosques prohíbe la “**corta o destrucción** de arbolado”, el inc. 3° del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283 prohíbe la “**intervención** de árboles y arbustos nativos”. Al respecto téngase por reproducido lo expresado, en lo pertinente, en el acápite anterior de este artículo.

3. Sobre la posible derogación de la hipótesis del N°3 del artículo 5° de la Ley de Bosques

El artículo 5° de la Ley de Bosques, en su numeral 3° “[...] prohíbe:

3° La corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%”.

El inc. 2° del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, en tanto, establece que:

“Se prohíbe la corta de bosques nativos, situados en terrenos con pendiente superiores al 60%, por más de 30 metros, salvo que se trate de cortas selectivas autorizadas previamente por la Corporación”.

En cuanto al **objeto de la acción**, cabe señalar que mientras el numeral 3° del artículo 5° de la Ley de Bosques se refiere a “árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%”, el inc. 2° del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, hace referencia a “bosques nativos, situados en terrenos con pendiente superiores al 60%, por más de 30 metros”. De este modo, la delimitación de los respectivos campos de aplicación de las normas comparadas sería el siguiente:

- Tratándose de bosques nativos situados en pendientes superiores al 60%, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.283.
- Tratándose de árboles y arbustos nativos, situados en pendientes superiores al 45%, se aplicaría lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 5° de la Ley de Bosques.

Al no existir superposición total entre las normas comparadas, existiría un ámbito en el que el N°3 del artículo 5° de la Ley de Bosques mantendría su aplicabilidad, a saber: la corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores al 45%, siempre que no se caiga en la hipótesis del inc. 2° del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283. Al respecto, cabe señalar que se aprecia con toda claridad un déficit en la regulación legal, toda vez que conductas menos graves serían sancionadas penalmente mientras que otras más graves serían sólo merecedoras de un reproche infraccional, con lo que se conculcarían los principios de subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad de las penas, así como el carácter fragmentario del Derecho Penal, tornándose deseable, por lo tanto, una reforma legislativa que articule de un modo aceptable la relación entre ambas disposiciones.

4. Sobre la transitoriedad de la discusión

El inciso 1° del artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, en relación con el artículo 7° transitorio del mismo cuerpo legal, señala que las intervenciones de árboles y arbustos nativos se sujetarán a las prohibiciones que el mismo artículo 8° transitorio establece sólo en tanto no esté vigente la normativa de protección de suelos y cuerpos y cursos naturales de agua indicada en el art. 17³². A la fecha, la normativa referida no ha sido dictada³³, razón por la cual las prohibiciones que establece el artículo 8° transitorio en torno a las intervenciones de árboles y arbustos nativos se encuentran plenamente vigentes, suscitándose, por lo tanto, los problemas interpretativos relativos a su compatibilidad con las disposiciones del artículo 5° de la Ley de Bosque.

Sin embargo, cuando se dicte el Reglamento que normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua, las prohibiciones del artículo 8° transitorio cesarán de estar vigentes, con lo que las dudas en torno a la derogación tácita de las figuras del artículo 5° de la Ley de Bosques desaparecerían. Lo anterior sería una consecuencia de la provisoriedad de los efectos de la derogación tácita, a consecuencia de lo cual la sobreviniente pérdida de vigencia de la *lex posterior* restablece la plena vigencia (aplicabilidad) de la *lex anterior*³⁴. La con-

32 El inciso segundo del artículo 17 de la Ley 20.283, prescribe que “El Reglamento normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua teniendo, a lo menos, los siguientes criterios centrales: la pendiente, la pluviometría, la fragilidad y erodabilidad de los suelos; el nivel de saturación de los mismos y la flotación de los equipos de maderero. En el caso de protección de los cursos naturales de agua considerará además el tamaño de la cuenca, el caudal y su temporalidad”.

33 La Ley 20.283 señala diversas materias con el objeto de que sean desarrolladas en reglamentos que permitan dar aplicación a la Ley. En ese contexto el 26 de noviembre de 2008 se dictó el D.S. 93, “Reglamento general de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal”, que regula y fija los procedimientos generales aplicables a los planes de manejo y planes de trabajo establecidos en la Ley y determina la forma y condiciones en que la CONAF autorizará las intervenciones excepcionales.

34 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 239 y 240.

clusión anterior, asume como evidente que la regulación que el Reglamento referido pudiera hacer de las intervenciones en árboles o arbustos nativos no podría tener la virtualidad de derogar tácitamente las disposiciones de la Ley de Bosques, en cuanto aquél tendrá un rango jerárquico inferior que el de ésta, y para que opere una derogación tácita se requiere que *lex posterior* sea del mismo rango que la *lex anterior*.

IV. Conclusiones

El Código Civil distingue entre dos tipos de derogación, a saber, la expresa y la tácita. Adicionalmente, la doctrina civilista tradicional concibe una tercera forma de derogación que, sin embargo, subsume en la derogación tácita, a saber: la derogación orgánica. Dicha subsunción, empero, no es correcta, ya que en la derogación orgánica no se presenta un rasgo esencial de la tácita: la incompatibilidad normativa, por lo que resulta claro que Código Civil no admite la denominada derogación orgánica.

Siendo ya problemática la aplicación de la derogación tácita a normas penales, a pesar de encontrarse consagrada por el Código Civil, la derogación orgánica simplemente no podría invocarse en sede penal, si ni siquiera se encuentra consagrada respecto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico.

En relación con una eventual derogación tácita de las hipótesis típicas del artículo 5° de la Ley de Bosques por parte de los incisos 3° y siguientes de la Ley 20.283, cabe señalar respecto a los numerales 1° y 2° de la primera norma, que, sin perjuicio de las diferencias que se plantean en torno al objeto de la acción de ambas regulaciones, el punto clave en virtud del cual se sostiene la vigencia de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley de Bosques, viene dado por el hecho de que ambas regulaciones prohíben conductas distintas, reprochándose –coherentemente– con mayor intensidad la corta (artículo 5° N°1 de la Ley de Bosques) y la corta o explotación (artículo 5° N°2 de la Ley de Bosques), que la intervención (artículo 8° transitorio, inciso 3° de la Ley 20.283) de árboles o arbustos nativos.

En relación con el numeral 3° del artículo 5° de la Ley de Bosques, en tanto, cabe señalar que mantiene su aplicabilidad en los casos no cubiertos por el inc. 2° del artículo 8° transitorio, lo que, sin embargo, conculcaría alguno de los principios limitadores del *ius puniendi*, tornándose deseable, por lo tanto, una reforma legislativa que articule de un modo aceptable la relación entre ambas disposiciones.

Sin embargo, la discusión en torno a la eventual derogación tácita de las figuras del artículo 5° de la Ley de Bosques por el artículo 8° transitorio de la Ley 20.283, tiene un carácter provisorio, en cuanto las prohibiciones establecidas en dicha disposición cesarán de estar vigentes en tanto se dicte el Reglamento que normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua a que hace referencia el artículo 17 de la Ley 20.283. Ocurrido ello, no podría siquiera cuestionarse la plena vigencia y aplicabilidad de las figuras del artículo 5° de la Ley de Bosques.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE RANCAGUA CONDENA A UNA DE LAS ACUSADAS COMO AUTORA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 19.913

Marcelo Contreras Rojas¹

Concepto de los verbos rectores ocultar o disimular –Autolavado– Incremento patrimonial injustificado (forma de establecerlo)– informe pericial contable de la defensa –Testigos de la defensa para acreditar incremento patrimonial lícito– Comiso de bienes.

I. Resumen

El Ministerio Público formuló acusación en contra de los imputados por la participación que les correspondía en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, lavado de dinero, tenencia ilegal de arma de fuego y receptación. Con fecha 23 de enero de 2010, el Tribunal de Juicio Oral de Rancagua, condenó a uno de los acusados a una pena de cinco años y un día por el delito de lavado de dinero.

Los hechos que motivaron la acusación presentada por el fiscal del caso se dividieron en dos grandes grupos: aquellos que dicen relación con el delito de tráfico de drogas, tenencia ilegal de arma de fuego y receptación; y aquellos referidos al delito de lavado de dinero, respecto de los cuales se realizarán los posteriores comentarios.

Los hechos son los siguientes: “Las acusadas SANDRA ARANGUIZ PADILLA y JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ, a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente de la realización reiterada y sistemática de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes en las cuales ellas participaban directamente desde a lo menos del año 2003 a la fecha ocultaron y disimularon su origen ilícito y los bienes en sí mismos.

Asimismo, adquirieron, poseyeron, tuvieron y usaron dichos bienes, con ánimo de lucro, habiendo conocido su origen ilícito al momento de recibirlos.

Los delitos base o precedente del lavado de activos es decir, aquellas conductas típicas y antijurídicas que generaron los dineros y bienes que posteriormente fueron blanqueados y lavados, a raíz del tráfico de drogas fueron realizadas por las mismas acusadas de manera sistemática en el tiempo. Por denuncia efectuada con fecha 07 de septiembre del 2007, por la Brigada Antinarcóticos de la PDI de Rancagua, se inició una investigación descrita en el apartado titulado “PRIMER HECHO

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

DELICTUAL”, de esta presentación, en la cual se logró determinar que las acusadas se dedicaban de manera continua y sistemática al tráfico de drogas desde hace varios años, lo que culminó finalmente con sus detenciones.

Dichas operaciones ilícitas generaron considerables ganancias que eran objeto de parte de las acusadas de una serie de mecanismos destinados al ocultamiento o disimulación de su origen o de los bienes en si mismos, como asimismo de su adquisición con ánimo de lucro, lo cual se tradujo en un importante crecimiento del patrimonio de ambas acusadas, el cual no pudieron justificar con rentas legítimamente adquiridas”.

Con posterioridad a la sentencia no se presentó por parte de la defensa o el Ministerio Público ningún tipo de recurso en contra de la sentencia, quedando esta ejecutoriada.

II. Comentarios

El presente fallo resulta sumamente interesante y significativo, ya que revierte el criterio que se había establecido en un primer pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua respecto del delito de lavado de dinero, en el cual se realizaba una interpretación muy particular respecto de sus verbos rectores ocultar o disimular, incorporando elementos que no se encuentran dentro de su estructura típica. Por otro lado, el fallo se pronuncia sobre otros aspectos de gran relevancia, como por ejemplo, la forma de establecer un incremento patrimonial injustificado, la posibilidad de sancionar por el delito de lavado de dinero al sujeto que comete o participa en la conducta base (denominado comunmente “autolavado”) y una forma diferente de aplicar la pena de comiso respecto de bienes inmuebles.

1-. Concepto de ocultar o disimular

En relación con los principales verbos rectores que contempla el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913, se puede advertir claramente que en el fallo se realiza una interpretación literal basada sustancialmente en el significado que le otorga la Real Academia Española de la Lengua a ambos verbos. Es así como se señala que “[el] ocultar o disimular es esconder, tapar o encubrir algo, callar, disfrazar o solapar algo para que parezca distinto de lo que es. Con este significado se puede decir que, si una persona cuenta con algún bien (del cual no desea se sepa su origen) lo disfraza y oculta su procedencia”.

En general ambos verbos rectores son similares en cuanto a sus significados, aunque se podría realizar una diferenciación en torno a que el primero de ellos (ocultar) se encuentra generalmente identificado con una acción material (esconder el dinero entre las paredes o en el entretecho de un inmueble) y el segundo resulta más apropiado para referirse a una determinada acción jurídica (utilización de testaferreros en contratos de compraventa de bienes).

En este orden de ideas, nos parece fundamental realizar algunas precisiones en torno a los verbos rectores que permitan soslayar algunos problemas interpretativos que se han presentado al momento de aplicar este tipo penal a situaciones particulares. Una primera precisión es determinar o tener claridad respecto de quién se debe ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos. Esta interrogante, que pareciera ser extremadamente simple, presenta en la práctica varios problemas de interpretación, que desde nuestra perspectiva, se producen principalmente al no considerar o entender cómo opera el “sistema antilavado” creado por la Ley 19.913. En el primer caso que llegó hasta un Tribunal de Juicio Oral, los jueces del Tribunal Oral, y posteriormente los Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, consideraron que en dicho caso no existía una acción de ocultamiento o disimulación en los términos requeridos por el tipo penal. Dentro de las razones que se esgrimían para arribar a su conclusión, se señalaba que en dicho caso no existía una serie de operaciones estructuradas y complejas destinadas a evitar el comiso de los efectos del tráfico, sino sólo la actividad de unos traficantes que profitan de sus ganancias ilícitas². Asimismo, la ICA³ llegó a señalar que no existía acción de ocultamiento o disimulación, dado que al ente persecutor le fue muy fácil

2 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RUC 0500374418-5, RIR 22-07: “Tan palmario resulta lo anterior, que el “lavador de dinero” dirige todo su actuar, justamente a evitar el comiso de los efectos del tráfico, tratando de que ellos salgan de su peculio hacia sociedades ficticias o transacciones inventadas –en la generalidad de los casos– para evitar que una vez descubiertos pongan en riesgo la pérdida del producto obtenido por la actividad ilícita. De una conducta en ese sentido, nada se vio y oyó en la audiencia, por el contrario, se pudo apreciar que los imputados directamente compraron bienes con el producido del negocio del tráfico, sin disimular u ocultar el origen ilícito de los mismos, pues las adquisiciones las hicieron incluso a nombre de uno de los partícipes del delito, la acusada, de modo que el *plus* del desvalor del acto del ilícito del lavado de dinero no se vio.

En este sentido, no puede negarse las cuantiosas utilidades que les propinó la actividad ilícita a los hechores, pero otra cosa es sostener bajo esta premisa, que la sola existencia de estas ganancias abundantes configure el ilícito de lavado. Como se viene diciendo el tipo especial en análisis posee sus propios requisitos y en ese marco, el Tribunal razonó para estimar que los verbos rectores del tipo contemplados en el literal a) del artículo 19 de la Ley 19.913 no se dieron.

A mayor abundamiento, el lavado de dinero lo cometería quién realiza un conjunto de operaciones materiales e inmateriales, numerosas, complejas y estructuradas entre sí, mediante las cuales los recursos provenientes u obtenidos del tráfico de drogas, se transforman en lícitos, mediante diversas maniobras destinadas a engañar o confundir con falsas apariencias, a quienes eventualmente pudieren fiscalizarlos. Y en este juicio, como ya se dijo, la prueba rendida no demostró más que la inversión de los recursos de la venta de droga, en bienes para el servicio directo de los acusados y de su grupo familiar.

3 Fallo Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, N° de ingreso 112-2007: “Avala tal conclusión el hecho de que no fue difícil para el ente persecutor pesquisar y establecer tales adquisiciones, sólo bastó recurrir al Conservador de Bienes Raíces o al Registro de Vehículos Motorizados, en cambio, el disimular o ocultar el origen ilícito de determinados bienes, tal como lo señala la doctrina, requiere de maniobras complejas destinadas –como fin último– a eludir la acción de la justicia y a hacer aparecer bienes o dinero como provenientes de actividades lícitas, de modo tal, que desaparezca todo hilo con-

encontrar los bienes adquiridos con el producto de la actividad de tráfico, porque se encontraban a nombre de los mismos imputados, sin que se haya hecho desaparecer el hilo conductor con la actividad ilícita.

Desde nuestra perspectiva, esta interpretación es errada y se produce, como señalábamos anteriormente, por no tener claridad respecto de cómo opera el sistema antilavado creado por la ley, ya que una de las particularidades de dicho sistema es que coloca en una primera línea de defensa o barrera de protección a diversos entes de la actividad económica (denominados sujetos obligados), quienes se encuentran obligados a reportar operaciones sospechosas que se produzcan dentro de su ámbito de competencia en las operaciones que habitualmente desarrollan, por lo cual, si a ellos se les presentan antecedentes falsos o contratos simulados, evidentemente se está vulnerando el sistema antilavado al introducir bienes de origen ilícito en el sistema económico financiero. Entonces, cada vez que se presentan antecedentes falsos o se oculta o disimula de algún modo información que solicitan los sujetos obligados respecto del origen de determinados bienes, estaríamos ante una conducta típica, no importando que el bien quede a nombre del mismo imputado, ya que lo relevante es que se logró introducir bienes de origen ilícito en el sistema financiero. Por ejemplo, si un traficante se compra directamente un televisor pagándolo al contado con el dinero obtenido por la venta de droga, podríamos entender que es un agotamiento del delito de tráfico. Pero si el mismo traficante compra el televisor con un cheque, habiendo presentado ante el banco antecedentes falsos que le permitieron justificar una determinada actividad comercial, es un caso distinto que sí lo podemos encuadrar en una conducta de lavado, dado que el sujeto realizó un conducta de ocultamiento o disimulación del origen ilícito de su dinero, haciendo creer al banco que éste provenía de su actividad comercial.

Otra discusión que se ha presentado respecto de los verbos ocultar o disimular, es si ellos permiten sólo un comportamiento activo o también uno omisivo. Algunos autores entienden que sólo permitirían un comportamiento activo⁴,

ductor que lleve a los investigadores a pesquisar actividades ilícitas como el tráfico de sustancias prohibidas”.

- 4 Manríquez Juan Carlos, Delito de Blanqueo de activos en el marco de operaciones sospechosas, <http://www.docstoc.com/docs/3256994/DELITOS-DE-BLANQUEO-Y-LAVADO-DE-ACTIVOS-EN-EL-MARCO/>: “Pensamos que en este caso sólo puede tratarse de un comportamiento activo, toda vez que “ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes” únicamente puede realizarse por acción, atendida la exigencia subjetiva del tipo al agente (actuar a sabiendas del origen luctuoso de los bienes o capitales blanqueados o lavados), pues precisamente la acción consiste en darle apariencia de regularidad y/o de licitud al origen delictivo de ciertos capitales o bienes, y con tal que provengan de los delitos contemplados en las leyes que ahí se señalan.

En nuestra opinión, tal es el sentido de las voces “ocultar” o “disimular”, ya que ambas encierran la idea de no develar el origen de una cosa, o mostrarlo de manera diferente o sólo en parte, con un despliegue de comportamientos activos de cualquier índole. La

pero en nuestra opinión permiten tanto comportamientos activos como también conductas de omisión impropia.

2-. Autolavado

Respecto de este tema, desde antiguo, la cuestión nuclear estribó en dar respuesta a la pregunta de si cabía sancionar al autor del delito de tráfico de drogas como autor -además- del delito de blanqueo de capitales.

Este problema fue resuelto por la Ley 19.913 en el inciso final del artículo 27. En el presente fallo, los magistrados interpretan esta norma y señalan que *“la misma ley precisa también, en su último inciso, que: si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en el artículo 27, será también sancionado conforme ésta”*. Lo que significa, en buen castizo, que si Sandra Aránguiz incurrió en conductas de tráfico merece un castigo por ello, y si además ocultó o disimuló el origen ilícito de los bienes producto del tráfico, también será sancionada de manera independiente por tal ilicitud.

Un punto a tener en consideración es que son poco frecuentes los casos en que corresponda aplicar dicha norma, ya que en general cuando se realiza una acusación por tráfico y lavado, el delito de tráfico que se está intentando sancionar no forma parte de los delitos base de lavado, ya que ha sido cometido con posterioridad a ellos. Por ejemplo, si un sujeto ha traficado en los últimos dos años habiendo invertido a través de diversas sociedades el producto de su actividad ilícita y actualmente fuera sorprendido en una actividad de tráfico de drogas (recibiendo un cargamento), evidentemente no estamos ante un caso de autolavado, ya que la actividad de tráfico que estaremos sancionando será sólo la última conducta y no las anteriores que produjeron ganancias y que serán el delito base para el lavado de dinero.

3-. Incremento patrimonial injustificado (forma de establecerlo)

Este es uno de los elementos que siempre está presente en las investigaciones de lavado de dinero, ya que unido a otros indicios (vinculación con actividades

ocultación del origen delictual de una cosa no sólo debe tomarse en el sentido material que supone esconderla de la vista de otros, ya que incluso el ocultamiento puede hacerse fictivamente, a través del abuso o mera utilización de formas jurídicas, como valiéndose del exceso de los “árboles corporativos”.

El núcleo de la conducta punible se encuentra en actuar para que no se manifieste el origen ilícito de determinados bienes, o que aquél aparezca teñido de cierta legitimidad. El injusto que devela el comportamiento típico emana de la acción final y motivada de borrar el origen espúreo, haciéndolo imperceptible, de difícil o imposible pesquisa y, por tanto, afectando la eficacia de la función investigativa y de la potestad sancionatoria.

ilícitas base de lavado) forman la piedra angular en la cual se sustentan las investigaciones por lavado de dinero.

El presente fallo es relevante en este aspecto, ya que deja plasmada en la sentencia el proceso intelectual llevado a cabo por los jueces, por medio del cual pueden concluir que existe un incremento patrimonial no justificado en base a los ingresos obtenidos desde fuentes lícitas, analizando los distintos antecedentes y ponderando su valor.

Generalmente, este proceso no había sido incorporado en los fallos, pero en el presente caso se incorporó de la siguiente manera: *“En este escenario jurídico, el fiscal se encargó de demostrar que la acusada Sandra Aránguiz (alias la Mona) y su hija Jocelyn contaban con un patrimonio compuesto de bienes raíces y depósitos de dinero en cuentas de ahorro, los cuales adquiriría y en las otras atesoraba el dinero conseguido con la venta de droga, a pesar de que ninguna de ellas ejercía una profesión u oficio conocido que les reportara ingresos y utilidades para justificar esos peculios. La verdad oficial era que Sandra Aránguiz y su hija Jocelyn no cotizaban en el sistema público de salud, por estar calificadas como indigentes (tramo A), según FONASA (ordinario N°001419 de 18 de abril de 2008), Sandra no estaba vinculada con una isapre (oficio N°924 de 28 de marzo de 2008, de la Superintendencia de Isapres. F.2.37); no tenían registro de aviso de inicio de actividades económicas, ni investigación administrativa o recopilación de antecedentes en el Servicio de Impuestos Internos (oficio N°205 y 350-08 de 5 y 26 de mayo de 2008, respectivamente – F.2.20 y 23). Jocelyn no estaba adscrita a una A.F.P (Oficio N°2521 de 9 de abril de 2008 del INP); sí, Sandra, quien registraba una primera cotización en noviembre de 1986 en la AFP HABITAT y como última en abril de 1991 (oficio respuesta de 12 de enero de 2009, F.2.49). Tampoco figuraban como clientes titulares ni adicionales de tarjeta de crédito “Giros Express” otorgada por ABC o DIN (oficio respuesta de 5 y 6 de mayo y 20 de junio de 2008. F.2.21, 22 y 32).*

A todo estos elementos que delataron la carencia de recursos por parte de Sandra y Jocelyn, se unió el hecho de que la acusada estaba al cuidado y mantenimiento de tres hijos menores de edad y una hija universitaria, sin recibir el aporte de otra persona, porque poco o nada se supo de aquel que pudo proporcionarle su actual pareja Gerardo, \$300.000 según ella, pero los testigos de la Defensa, doña Sara Bravo González y Patricia Bravo Padilla informaron que el conviviente de Sandra se dedicaba a la venta de gas licuado, efectuaba “pololitos” de instalación de sistemas de electricidad y tenía problemas de alcoholismo, por lo que mal pudo hacer el aporte que refirió el perito Andrés Ortiz Vidal, lo que presagiaba que era aún más precaria la condición económica de la mujer y de su grupo familiar, anticipada por la información brindada por los organismos públicos.

Sin embargo, el señor fiscal acreditó que el patrimonio de Sandra Aránguiz y de su familia contaba con varios activos. Según la información entregada por el Servicio de Impuestos Internos (oficio N°205 de 5 de mayo de 2008–F.2.20) la acusada con-

taba con cinco propiedades, inversiones en fondos mutuos y depósitos, tanto a nombre propio como de sus descendientes menores, mientras que su hija Jocelyn registra compraventa de vehículos, depósitos en fondos mutuos y en el año 2007 compra un bien raíz. En su turno, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras informó que Sandra aparecía con operaciones vigentes en el Banco del Estado y en el del Desarrollo (ordinario 1441 de 6 de junio de 2008. F.2.30).

El primer banco refiere en el oficio N°55 de 12 de mayo de 2008 (F2.23), que la mujer mantiene cuentas de ahorro vigentes con determinados montos de dinero al 10 de octubre de 2008. Ellas son: número XXX (\$698.679.-); XXX (\$189.431); XXX (\$14.786.540.); XXX (\$11.525.504.-). También sus hijos cuentan con ellas: G. con la XXX (\$10.946.139.-), S. con la XXX (\$12.327.400.-) y J. con la XXX (\$11.234.965.-). Por su parte, el Banco del Desarrollo sostiene que la acusada Aránguiz no tiene cuentas corrientes, a la vista o de ahorro en esa institución (carta respuesta de 12 de mayo de 2008, F.2.26) y que su fiebre por invertir no abarcó la compra de acciones en sociedades anónimas, como lo señaló por oficio la Intendente de Valores subrogante de la Superintendencia de Valores y Seguros (F.2.27)...”.

Como señalamos anteriormente, los jueces van analizando cada uno de los antecedentes referidos a la situación patrimonial de la imputada uniéndolos a determinadas máximas de experiencia (el hecho que estuviese a cargo de la manutención de 4 hijos, que pagara algunos gastos al contado y en efectivo, etc.) y terminan concluyendo que el incremento patrimonial de la imputada proviene de la actividad ilícita que desarrollaba.

4-. Peritaje contable de la defensa / declaraciones de testigos

En relación con el peritaje contable que presentó la defensa lo primero que llama la atención fue la vulneración manifiesta a los principios contables con el objeto de obtener un resultado en particular. En este sentido, se puede advertir que el peritaje es parcial y sumamente acomodaticio, no siguiendo los principios básicos de esta disciplina y sin tener correlato con otros medios probatorios⁵. En el fallo quedó establecido que el informe pericial es “*insuficiente para acreditar la procedencia lícita de los ingresos de la condenada, pues el peritaje relatado por el contador auditor Andrés Ortiz Vidal sólo dio cuenta, y en forma parcial, de las inversiones en bienes raíces (se reconoce que ese era su cometido), sin analizar o considerar los importantes volúmenes de dinero que la condenada mantenía en cuentas de ahorro, lo que habría hecho variar ostensiblemente sus conclusiones respecto del patrimonio de la sentenciada y de cómo se hizo de éste. Por lo demás, el trabajo del*

5 “Tampoco las expresiones del profesional obtuvieron correlato probatorio externo, con respecto a las supuestas rentas de arrendamiento e ingresos por venta al detalle de ropa de marca y joyas, que dijo desarrollar la sentenciada, las que necesariamente debieron contar con algún otro tipo de antecedentes, tal como la venta de prendas que por muy informal que sea, siempre existe algún dato independiente de la declaración de quien la ejerce”.

profesional no obtuvo respaldo documental, ya que la única fuente de información según reconoció, fueron los dichos de Sandra Aránguiz y ya se supo que sus palabras no retrataron fielmente la realidad”.

Por otro lado, las declaraciones de los testigos de la defensa tampoco lograron establecer que el incremento patrimonial de la acusada era justificado por negocios lícitos, ya que sólo contaban con sus dichos, sin ningún tipo de respaldo documental⁶.

5-. Comiso

En cuanto a la pena de comiso también existen algunos puntos interesantes en el fallo. El primero de ellos dice relación con un inmueble a nombre de la imputada, respecto del cual el Ministerio Público había solicitado la pena de comiso. Este inmueble había sido adquirido por la imputada con un crédito hipotecario, habiéndose pagado sus cuotas con el producto de la actividad ilícita. Respecto de este inmueble los jueces señalaron lo siguiente: *“Con relación a la situación jurídica del inmueble ubicado en XXX, se decreta únicamente el comiso de los dineros pagados por concepto de dividendos al provenir de un origen espurio. No se ordena el comiso del bien raíz, ya que hacerlo afectaría el derecho real de un tercero, el Banco del Desarrollo”.*

Como vemos los jueces sólo ordenan el comiso de los dividendos pagados, ya que si decomisaran el inmueble estiman que se afectarían derechos de terceros. Desde nuestra perspectiva la postura adoptada por el tribunal genera una serie de implicancias prácticas que no permiten una adecuada ejecución de la pena. Esto se produce porque no existe un procedimiento que nos permita señalarle al banco que debe restituir el dinero que le fue pagado por concepto de dividendos. Por otro lado, es discutible si se afecta el derecho de terceros, ya que la hipoteca del banco subsistirá y este debería hacerla valer al momento

6 De igual modo, las declaraciones de los testigos Sara y Patricia Bravo no sirvieron para asentar los fundamentos de la Defensa respecto de que todo su patrimonio provenía de su esfuerzo personal, como producto de negocios lícitos, puesto que las actividades que ellas describieron y que pudieron generarle ciertos ingresos, no fueron suficientes para justificar su cuantioso patrimonio, sin perjuicio de que tales trabajos no se acreditaron fehacientemente. Sobre este punto, el Tribunal extrañó la presencia en el juicio de arrendatarios de la acusada o de clientes frecuentes, que hubieran refrendado las aseveraciones de los testigos cuestionados, para generar la convicción de que Sandra Aránguiz ejercía efectivamente las actividades que ellas reseñaron o que contaba con las rentas de arrendamiento que dijo percibir. También hubiera sido importante contar con los contratos de arrendamiento y vales que el perito aseguró haber visto en la carpeta investigativa, pues sus dichos no fueron suficientes para incorporar tales antecedentes, ya que no se supo de la procedencia de los documentos, de la fecha, de los montos, ni de los inmuebles a los que hacían referencia. Tampoco sirvió un ejemplar del diario ENE-DATO, incorporado por la Defensa, tendiente a demostrar el valor de las viviendas y el arriendo módico que se cobra por el tipo de casas que tiene la acusada, ya que lo importante habría sido contar con antecedentes más directos.

de ejecutar el bien, aunque esto también resulta dudoso, ya que no existe un procedimiento claro respecto a si en el presente caso opera el procedimiento común de purga de hipotecas.

Por otro lado, el fallo también es innovador en cuanto decreta el comiso de dinero que se encuentra en cuentas de terceros (hijos de la imputada usados como testafierros), pero habiéndose establecido fehacientemente que la procedencia de dichos dineros era la actividad ilícita desarrollada por la acusada.

Sentencia:

Rancagua, a veintitrés de enero de dos mil diez.

Visto y teniendo presente:

(1º) Tribunal e intervinientes. Ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por la juez presidente doña Pamela Quiroga Lorca y los magistrados don Gustavo Vega Belmonte y don Óscar Castro Allendes, se verificó la audiencia de juicio oral de la causa RIT 171-2009, seguido contra don LUIS ALEJANDRO PÉREZ VALENCIA, cédula de identidad N°9.985.916-4, de 44 años, casado, nacido el 9 de mayo de 1964, comerciante, domiciliado en pasaje José Miguel Infante N°0514 de la población Manuel Rodríguez de Rancagua; doña SANDRA ELENA ARÁNGUIZ PADILLA, cédula de identidad N°10.132.850-3, de 46 años, soltera, nacida el 12 de abril de 1963, labores de casa, domiciliada en el pasaje San Fernando 0846 de la población Vicuña Mackenna de Rancagua y don MARIO ANTHONY SÁNCHEZ NACARATE, de 33 años, cédula de identidad N°13.092.619-3, soltero, nacido el 30 de julio de 1976, mecánico, domiciliado en calle Litz N°2817

de la comuna de San Joaquín de Santiago, actualmente privados de libertad en el Complejo Penitenciario de Rancagua.

Sostuvo la acusación del Ministerio Público, el fiscal adjunto de Rancagua, don Claudio Riobó Loyola, asistido por el abogado don Marcelo Contreras Rojas, con domicilios y forma de notificación registrados en el Tribunal, mientras que, la asesoría jurídica del acusado Pérez estuvo a cargo del defensor penal privado, don Gabriel Henríquez Arzola; de Aránguiz Padilla don Haroldo Legua Barrales y don Walter Droguett Pino; y de Sánchez Escarate el abogado don Andrés Morales Soza, todos con domicilio y forma de notificación registrados en este Juzgado.

(2º) Acto oficial. El Ministerio Público fundó la acusación en los siguientes hechos:

Primer hecho delictivo:

Desde hace varios años y hasta la fecha de la detención y de una manera habitual y permanente en el tiempo, la acusada SANDRA ARANGUIZ PADILLA, apodada "LA MONA" junto a sus hijos JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ y G.G.A., se dedicaban a la

adquisición, preparación, comercialización y venta de clorhidrato de cocaína y cocaína base, entre los micro-trafficantes y consumidores de la ciudad de Rancagua y sus alrededores.

Esta información era manejada por las policías así como por el Ministerio Público por lo que con fecha 07 de septiembre del 2.007, la Brigada Antinarcóticos de la P.D.I. de esta ciudad, iniciaba nuevamente investigación en su contra, solicitándole al Tribunal de Garantía medidas intrusivas, como fue intervenciones telefónicas a los teléfonos utilizados por la mujer apodada LA MONA, las cuales fueron libradas respectivamente. De las escuchas y sus conversaciones se pudo determinar claramente que SANDRA ARANGUIZ se estaba dedicando activamente a la actividad ilícita, siendo ayudada mancomunadamente por sus hijos Jocelyn Valenzuela y G.G..

Fue así que se pudo determinar que Sandra Aránguiz mantenía un proveedor en la ciudad de Santiago, quién resultó ser MARIO SANCHEZ NACARATE, persona que le proveía de clorhidrato de cocaína y ella a su vez le proveía marihuana elaborada, para los respectivos negocios que cada uno mantenía en forma independiente.

Las entregas de las sustancias ilícitas se efectuaban en ciertas ocasiones en la ciudad de Rancagua, viajando al efecto el acusado Sánchez NACARATE como también en la ciudad de Santiago A su vez y en ciertas ocasiones acordaban entregas en la ciudad de Viña del Mar, en los domicilios de propiedad de Aranguiz Padilla.

Sin perjuicio de lo anterior, y en otra investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas que llevaba la Fiscalía Local de Rancagua junto con la BRIANT, en contra de un sujeto apodado EL CANO, quién resultó ser finalmente LUIS PEREZ VALENCIA, se pudo determinar que era otro proveedor de sustancias ilícitas de Sandra Aránguiz, por lo que también se solicitaron intervenciones telefónicas con la respectiva autorización judicial.

Atendido las conversaciones entre los encartados, los seguimientos y vigilancias, e informaciones obtenidas en labores de inteligencias del personal policial, se pudo determinar claramente la actividad ilícita de lo encartados.

Los días 26 y 27 de mayo del 2.008, se logró capturar conversaciones telefónicas entre SANDRA ARANGUIZ (MONA) y LUIS PEREZ (CANO), quienes acordaban una transacción de droga, lo que motivo que personal policial dispusiera las vigilancias de rigor en distintos puntos estratégicos de esta ciudad, a fin de observar el encuentro.

Fue así que el día 27 de mayo a eso de las 18.45 horas, se logró la ubicación de la acusada SANDRA ARANGUIZ junto a su hijo G.G. quienes se movilizaban en una camioneta, marca Mitsubishi, modelo L-200 patente BK RR-38, quienes llegaron hasta el domicilio ubicado en calle San Fernando N°0846, de la población René Schneider de propiedad de la encartada ARANGUIZ PADILLA. Seguidamente la MONA salió al exterior, oportunidad en que llegó el acusado PEREZ VALENCIA, quienes ingresaron ahora al inmueble de calle San Fernando N°0840 (costado del

anterior domicilio) y que también es de propiedad de ARANGUIZ PADILLA. Transcurrido unos minutos, EL CANO se retira del inmueble en dirección al suyo (Pasaje José Miguel Infante N°0514 de la población Manuel Rodríguez). Para volver a retornar a la casa de LA MONA, portando ahora un bulto en sus manos, quién tras estar algunos minutos en el interior, procede éste a retirarse. Pasado unos minutos, G.G., salió del inmueble en la camioneta aludida en dos ocasiones, dirigiéndose a poblaciones conocidas por el tráfico y el microtráfico (Manuel Rodríguez y Diego Portales), retornando nuevamente donde su madre, quién aborda la camioneta portando una mochila para emprender rumbo hasta un servicentro YPF ubicado en la Alameda esquina Balmaceda de esta ciudad, por lo que funcionarios de la PDI decidieron fiscalizar a los encartados. Al registro del móvil se encontró al interior de una mochila dos paquetes que contenían 1 kilo 898 gramos de pasta base de cocaína, y una balanza digital, siendo detenidos en situación de flagrancia e incautándose el móvil aludido.

Posterior a la detención, y con la debida orden Judicial, se procedió a efectuar sendos allanamientos a los domicilios de propiedad de SANDRA ARANGUIZ PADILLA, ubicados en Pasaje Chopo N°1259 y 1303 y en calle República de Siria N°1255, todos ellos de la población Los Bosques de San Francisco, así como también al inmueble ubicado en calle San Fernando N°0846 y 0840 de la Población René Schneider, encontrando en el inmueble de calle República de Siria N°1255 (de propiedad de JOCELYN VALENZUELA ARAN-

GUIZ pero también ocupado por su madre SANDRA ARANGUIZ PADILLA) al específicamente en el interior de un closet dos paquetes con una sustancia sólida, conocida como "ROCA" que resultó ser cocaína con un peso de 1 kilo 941 gramos, una pistola marca ASTRA sin número de serie visible, calibre 32 con 8 cartuchos sin percutar, y sin contar con la debida autorización de la entidad respectiva, dos televisores LCD, un DVD, un RACK, documentación de compraventa de los casa, liquidaciones de sueldo, incautándose además el vehículo SUBARU IMPREZA, patente BHBL-54, de propiedad de Jocelyn Valenzuela Aranguiz, entre otras especies.

Asimismo, y en forma paralela, se procedió a recabar la orden judicial de allanamiento a los domicilios del sujeto apodado EL CANO, ubicados en calle Urzúa Mayor N°0295, Villa El Trigal y José M Infante N°0514 de la población Manuel Rodríguez, oportunidad donde en el segundo de los inmuebles señalados, se encontró al acusado PEREZ VALENCIA, quién fuera detenido con orden judicial. Al registro de este inmueble se encontró la cantidad de 21 papelillos en hoja de papel que contenía marihuana; 5 bolsas de plásticos que marihuana a granel, drogas que arrojó un peso de 288 gramos 300 miligramos de marihuana del tipo elaborada, Por otro lado se encontró una bolsa que contenía pasta base a granel y sobre un plato de loza se encontró pasta base a granel en proceso de secado, utilizando al efecto un foco alógeno, droga que arrojara un peso de 35 gramos 600 miligramos de pasta base de cocaína. Asimismo se incautó la cantidad de tres

teléfonos celulares, la suma de \$12.000 en dinero efectivo, un plato, y un cuaderno, entre otras especies.

Cabe señalar que en el domicilio de pasaje San Fernando N°0840, de propiedad de Aranguiz Padilla, no se encontró droga, pero sí se incautó dos torres de computador, una pantalla de pc, una impresora, un teclado, un Mouse, un notebook, un dvd, un mezclador, un torno mesa, 29 ventiladores para juego play, 562 juegos, etc.,.

Continuando con las diligencias el día 28 de mayo, personal policial concurre hasta la ciudad de Santiago, deteniendo con orden judicial a eso de las 17 horas al acusado SANCHEZ NACARATE por su responsabilidad en la actividad de tráfico, y además se allanó con la debida orden judicial su domicilio ubicado en calle Lizt N°2817, de la comuna de San Joaquín, Santiago. A su registro, se encontró en el dormitorio del encarado y al interior de un closet una bolsa con pasta base de cocaína con un peso de 51 gramos, y otra con marihuana elaborada, con un peso de 102 gramos. Además se procedió a la incautación de tres armas de fuego, una pistola JERICÓ 9 mm, modelo 941, serie N°96309477 con 14 cartuchos sin percutar, un revolver ROSSI, calibre 38 serie N°c280132, con 5 cartuchos sin percutar, 01 pistola Taurus calibre 9 mm, serie 07411, con 10 cartuchos sin percutar sin contar con el permiso de la autoridad respectiva, teniendo una de ellas encargo por robo de fecha 05 de julio de 2006, a la persona de Cristian Marcelo Contreras Medina.; además se incautó la suma de \$.4.000.000, en dinero efectivo, un notebook, tres celulares, tres talonarios de cheques, tres tarjetas de

banco, pasaporte, Además, se procedió a la incautación del móvil Toyota Rav 4, patente BDHW-26. y de la camioneta marca Mitsubishi modelo L-200 patente WZ-2569 vehículo que había sido vendido por la acusada JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ a MARIO SANCHEZ NACARATE.

Continuando con las diligencias, aquel día personal policial se trasladó hasta la ciudad de Viña del Mar, donde se allanó los inmuebles ubicado en calle 6 Sur N°3269, Gómez Carreño y de Lago O'Higgins N°1250, Los Alto del Bosque II, sin resultados positivos, salvo el hallazgo de las escrituras de compraventa de los inmuebles antes aludido, las cuales fueron debidamente incautadas.

Cabe señalar que en el transcurso de esa mañana, la acusada JOCELYN VALENZUELA, sabedora de lo ocurrido el día anterior, se mantuvo oculta hasta que fuera sorprendida por personal policial a eso de las 11 horas al momento de ir a ver las casas de su madre que fueran allanadas por personal policial, encontrando en su poder la suma de \$343.000 en dinero efectivo, siendo detenida e incautado el dinero.

Segundo hecho delictivo:

Las acusadas SANDRA ARANGUIZ PADILLA y JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ, a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente de la realización reiterada y sistemática de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes en las cuales ellas participaban directamente desde a lo menos del año 2.003 a la fecha ocultaron y disimularon

ron su origen ilícito y los bienes en si mismos.

Asimismo, adquirieron, poseyeron, tuvieron y usaron dichos bienes, con ánimo de lucro, habiendo conocido su origen ilícito al momento de recibirlos.

Los delitos base o precedente del lavado de activos es decir, aquellas conductas típicas y antijurídicas que generaron los dineros y bienes que posteriormente fueron blanqueados y lavados, a raíz del tráfico de drogas realizadas por las mismas acusadas de manera sistemática en el tiempo. Por denuncia efectuada con fecha 07 de septiembre del 2007, por la Brigada Antinarcóticos de la PDI de Rancagua, se inició una investigación descrita en el apartado titulado "PRIMER HECHO DELICTUAL", de esta presentación, en la cual se logró determinar que las acusadas se dedicaban de manera continua y sistemática al tráfico de drogas desde hace varios años, lo que culminó finalmente con sus detenciones.

Dichas operaciones ilícitas generaron considerables ganancias que eran objeto de parte de las acusadas de una serie de mecanismos destinados al ocultamiento o disimulación de su origen o de los bienes en si mismos, como asimismo de su adquisición con ánimo de lucro, lo cual se tradujo en un importante crecimiento del patrimonio de ambas acusadas, el cual no pudieron justificar con rentas legítimamente adquiridas.

Respecto a los actos de adquisición, posesión, tenencia o uso de bienes de origen ilícito, con ánimo de lucro, pueden mencionarse los siguientes:

a) Compra de inmuebles a nombre de las imputadas con dineros producidos en los tráficos de droga.

b) Compra de vehículos a nombre de las imputadas con dineros producidos en los tráficos de droga.

La adquisición de dichos bienes significó un importante incremento en el patrimonio de las acusadas, el cual no resulta consistente con sus movimientos de rentas e inversiones, de acuerdo a lo señalado en el informe pericial y demás antecedentes y medios de prueba recabados durante la investigación. En efecto, ninguna de las dos acusadas registra inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos ni tampoco cotiza en algún sistema público o privado de salud y pensiones. En definitiva, ninguna de las dos acusadas puede justificar la adquisición de los vehículos e inmuebles que figuran a su nombre con bienes de origen lícito, siendo la única conclusión posible que éstos fueron adquiridos con dineros provenientes de las actividades de tráfico de drogas que realizaban las acusadas sistemáticamente.

a) Inmuebles de propiedad de la acusada SANDRA ARANGUIZ PADILLA:

1.- Inmueble ubicado en Pasaje Chopo N°1259, Los Bosques de San Francisco 3, Rancagua, inscrita a fojas 325, N°469, del año 2.008, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua. (\$22.696.608 valor de compra),

2.- Inmueble ubicado en calle San Fernando N°0846, Rancagua, inscrita a fojas N°4285, N°450, del año 1999, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua. (\$6.500.000, valor de compra).

3.- Inmueble sitio, ubicado en la comuna de Machalí, inscrita a fojas N°1582, N°1817, del año 2.007, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$6.200.000 valor de compra).

4.- Inmueble ubicado en Pasaje Pomaire N°665, Población Manuel Rodríguez, Rancagua, inscrita a fojas 384, N°586, del año 2.007., en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua \$5.000.000 valor compra).

5.- Inmueble ubicado en Pasaje San Fernando N°0874, lote 12, manzana 2, Población René Schenider, sector A Rancagua, inscrita a fojas 5127, N°4110, del año 1998, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$5.500.000 valor de compra).

6.- Inmueble ubicado en calle 6 Sur N°3269, Grupo Habitacional Gómez Carreño, Viña del Mar, V Región, inscrita a fojas 1399 vta., N°1821 del año 2002., en el conservador de bienes raíces de Viña del Mar.(\$7.000.000 valor de compra)

b) Inmuebles de propiedad de la acusada JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ:

1.- Inmueble ubicado en calle San Fernando N°0840, Población René Schenider, Rancagua, inscrita a fojas 3322, N°3331, del año 1997, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$3.000.000 valor de compra)

2.- Inmueble ubicado en calle República de Siria N°1255, Los Bosques de San Francisco 2, Rancagua, inscrita a fojas 1563, N°964, del año 2.005, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$15.726.574 valor de compra)

3.- Sitio N°50, manzana N°1, Población Centenario, Rancagua, inscrita a fojas 3942, N°3134, del año 2.005, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$7.000.000 valor de compra)

4.- Inmueble ubicado en Pasaje Chopo N°1303, Conjunto Habitacional Los Bosques de San Francisco 3, Rancagua, inscrita a fojas N°325, N°470, del año 2.008, en el conservador de bienes raíces de la ciudad de Rancagua (\$22.696.608 valor de compra)

5.- Inmueble ubicado en calle Lago O'Higgins N°1250, Los Altos del Bosques II-B, Viña del Mar, V Región, inscrita a fojas 1272, N°1608 del año 2008, en el conservador de bienes raíces de Viña del Mar. (\$31.546.417 valor de compra)

El total del valor de los bienes inmuebles, asciende a la suma de \$132.866.207.

c) Vehículos de propiedad de la encartada JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ:

c) Vehículos de propiedad de la encartada JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ:

1.- Patente BKRR-38-1, Camioneta Mitsubishi L200, año 2.008, adquirido el 05 de marzo del 2.008., adquirido en la suma de \$16.279.200..

2.- Patente BHBL-54-3, automóvil marca Subaru, New Impreza, año 2008, adquirido el 14 de enero del 2.008, adquirido en la suma de \$15.500.000

La sumatoria de los valores de los móviles asciende a la cantidad de \$31.779.200.

Respecto a los actos de ocultamiento o disimulación del origen de los bienes o de éstos mismos, pueden mencionarse los siguientes:

a) *Ambas acusadas abrieron, mantuvieron y utilizaron numerosas cuentas bancarias con el objeto de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes y los bienes en sí mismos.*

La acusada SANDRA ARÁNGUIZ PADILLA abrió numerosas cuentas bancarias que figuraban a nombre de sus hijos menores y en las cuales depositaba dineros producidos en los tráficos de drogas.

Dichas operaciones tenían por objeto impedir o dificultar la vinculación de los bienes con su origen ilícito (tráfico de drogas), y así en definitiva permitir su aprovechamiento por parte de las acusadas. De esta forma, se pudo establecer la utilización de las siguientes cuentas bancarias por parte de las acusadas, señalándose en cada caso el dinero que cada una de éstas tenía al momento de su incautación.

a) Cuentas bancarias a nombre de SANDRA ARANGUIZ PADILLA EN EL BANCO ESTADO:

1.- Cuenta plazo Unipersonal N°XXXX. (\$659.940).

2.- Cuenta plazo Unipersonal N°XXXX. (\$189.431).

3.- Cuenta plazo Unipersonal N°XXXX (\$14.186.499).

4.- Cuenta plazo Unipersonal Tutor N°XXXX. (\$11.234.965).***

La sumatoria de los valores asciende a la cantidad de \$26.278.835

b) Cuentas bancarias a nombre de JOCELYN VALENZUELA ARANGUIZ.:

EN EL BANCO BCI:

1.- Cuenta Vista N°XXXX que tiene un fondo de, sin saldo.

2.- Cuenta de Ahorro N°XXXX, sin saldo

3.- Fondo Mutuo: Depósito Efectivo Serie ALFA, que tiene un valor de \$558.330.

EN EL BANCO ESTADO:

1.- Cuenta plazo Unipersonal N°XXXX (\$810).

2.- Cuenta plazo Unipersonal N°XXXX (\$17.929).

3.- Cuenta plazo Unipersonal Signatario N°XXXX. (\$12.327.400)

El total de la suma en ambos bancos, asciende a \$12.904.469.

Cabe señalar que la imputada SANDRA ARANGUIZ, ocultó los ingresos percibidos por concepto de ganancia de la venta de drogas, en cuentas bancarias a nombre de los hijos, a saber:

Del hijo G.A.G.A., RUT N°XXX

Cuenta de Ahorro Unipersonal N°XXX del Banco Estado por un valor de \$10.664.257.

Del hijo S.I.G.A., RUT N°XXX

*Cuenta de Ahorro Unipersonal Signatario N°XXX del banco Estado (\$12.327.400)****

Del hijo J.I.G.A., RUT N°XXX

*Cuenta de Ahorro Plazo Unipersonal N°XXX del Banco Estado \$11.234.965.******

La sumatoria de los valores depositados en las cuentas referidas, asciende a un total de \$49.839.561

En resumen, la sumatoria de los valores en bienes muebles, inmuebles y cuentas varias a la fecha de la detención e incautación asciende a la cantidad de \$214.484.968.

Incremento Patrimonial Injustificado:

Como se ha venido señalando, según señala el informe pericial y demás antecedentes y medios de prueba recabados durante la investigación, ninguna de las investigadas registra iniciación de actividades en el Servicio de Impuestos Internos, no se encuentran afiliadas a ninguna Isapre o AFP, y tampoco figuran registradas en Fonasa o INP. En definitiva, ninguna de las acusadas posee modo alguno de legitimar, mediante actividades lícitas, el incremento experimentado en su patrimonio.

Lo anterior, unido a los demás antecedentes de la investigación, conducen de manera lógica, natural y coherente a la conclusión que ambas acusadas adquirieron los bienes que conforman el incremento patrimonial injustificado de manera ilícita a través de la comisión reiterada y sistemática de delitos de tráfico de drogas, a sabiendas del origen de dichos dineros y con ánimo de lucro.

Los hechos anteriormente descritos constituyeron el delito consumado de lavado de activos, previsto y sancionado en el artículo 27 letras a) y b) de la ley 19.913, en el cual participaron

como autores, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código penal

En resumen, el Fiscal calificó los hechos jurídicamente como:

1.- Delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 1° y 3°, de la ley 20.000 y artículos pertinentes del Decreto N°565 de 1995 del Ministerio de Justicia, en el cual Sandra Aránguiz Padilla, Mario Sánchez Nacarate y Luis Pérez Valencia fueron autores ejecutores, inmediatos y directos del artículo 15 N°1 del Código penal.

2.- Delito consumado de lavado de activos previsto y sancionado en los artículo 27 letras a) y b) de la ley N°19.913, en cual Sandra Aránguiz Padilla fue autora ejecutora, inmediata y directa del artículo 15 N°1 del Código penal;

3.- Delito consumado de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones, previsto y sancionado en los artículos 2, 5, 9, 12, y demás pertinentes de la ley N°17.798, en el cual Sandra Aránguiz Padilla y Mario Sánchez Nacarate, fueron autores ejecutores, inmediatos y directos del artículo 15 N°1 del Código penal;y

4.- Delito consumado de recepción previsto y sancionado en el artículo 456 bis –A del Código penal, en el cual Mario Sánchez Nacarate fue autor ejecutor directo e inmediato del artículo 15 N°1 del Código penal.

El fiscal señaló que concurren las siguientes circunstancias modificatorias de responsabilidad penal:

- Respecto de Sandra Aránguiz Padilla: no le benefician atenuantes y le perjudica la agravante del artículo 12 N°16 del Código penal.
- Respecto de Mario Sánchez Nacarate: no le benefician atenuantes y le perjudica la agravante del artículo 12 de la ley 17.798.
- Respecto de Luis Pérez Valencia: goza de la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y no le perjudican agravantes.

En atención a lo indicado, el fiscal pidió se sancionara a los acusados a las siguientes penas:

1.- En relación con Sandra Aranguiz Padilla:

- Por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas: una pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, comiso de las especies, multa de 400 Unidades Tributarias Mensuales y costas de la causa.
- Por el delito de lavado de activos: una pena 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales, COMISO DE LOS BIENES INMUEBLES Y DE LOS DINEROS EN LAS REFERIDAS CUENTAS BANCARIAS y costas de la causa.
- Por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones: una pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, acceso-

rias legales, comiso del arma y costas de la causa.

2.- Mario Sánchez Nacarate:

- Por el delito de tráfico ilícito de drogas: una pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, comiso de las especies, multa de 60 Unidades Tributarias Mensuales y costas de la causa.
- Por el delito de Tenencia ilegal de armas de fuego y municiones: una pena de 5 años de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, comiso de las armas y costas de la causa.
- Por el delito de receptación: una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales, y costas de la causa.

3.- Luis Pérez Valencia:

- Por el delito de tráfico ilícito de drogas: una pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, comiso de las especies, multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales y costas de la causa.

(3º) Alegatos de la defensa y declaración de los acusados. **La defensa de Pérez Valencia no discutió la existencia del delito de tráfico de drogas ni la participación de su representado en él, por lo tanto, solicitó que a su cliente se le reconocieran las atenuantes del artículo 11 N°6 y 9 del Código penal. Respecto de la última modificatoria mencionada, sostuvo que el fiscal debía aceptarla como lo hizo con Jocelyn Valenzuela, a quien se le condenó como autora de**

dos ilicitudes: una de tráfico ilícito de drogas y otra de lavado y blanqueo de activos, en procedimiento abreviado, ocasión en que el fiscal consintió en la concurrencia de la atenuante de cooperación, porque la mujer dijo que participó en los delitos; sin embargo, su cliente no recibió igual trato, pese a colaborar con la investigación.

Por su parte, la defensa de Mario Sánchez Nacarate pidió en favor de su cliente, el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código penal en todas las ilicitudes imputadas, ya que la investigación del Ministerio Público tuvo errores que la declaración de su defendido corrigió.

Por último, la defensa de Sandra Aránguiz consintió en el tráfico de drogas y solicitó la absolución de los cargos por el delito de lavado y blanqueo de activos, ante el insuficiente material probatorio incorporado.

En su turno, declaró el acusado **Luis Pérez Valencia** quien- en síntesis- reconoció que intermedió en la venta que hizo el Guatón Daniel a Sandra (la Mona) de dos kilos de droga, en cuatro millones de pesos, ya que los contactó, trasladó la carga al domicilio de la mujer, recibió la suma de dinero que luego entregó al Guatón, y posteriormente, transcurridos unos veinte minutos, la Policía lo detuvo. Él mantenía en su domicilio marihuana y pasta base, que Sandra le entregó antes como un anticipo de pago por el traslado del estimulante. Hacía ocho meses que vendía, pero éste fue su primer “enganche”. No

conocía al otro imputado y sólo supo de su existencia cuando ambos estuvieron detenidos.

Enseguida, declaró **Mario Sánchez Nacarate** quien, con un lenguaje muy pulido, sostuvo que reconocía tener armas y droga en su domicilio, pero no era proveedor de sustancias prohibidas. Agregó que conoció a Sandra Aránguiz debido a su oficio de constructor, cuando realizó unas ampliaciones en el domicilio de ésta, sin saber que la mujer traficaba. Fruto del constante trato se generó un *feeling* y una relación sentimental, más no una relación de proveedor y comprador, ya que nunca acarreo ni comercializó ni dosificó droga. Él consumía clorhidrato de cocaína y marihuana en forma moderada, pero no pudo demostrarlo, por eso se hizo responsable de las sustancias prohibidas que tenía en su domicilio.

Por último, atestiguó **Sandra Elena Aránguiz Padilla**, quien reconoció participación en calidad de intermediaria en el delito de tráfico junto con Pérez Valencia, no así con Sánchez Nacarate a quien exoneró de toda responsabilidad en los hechos. Era su amigo y acompañante en Viña. Sabía que consumía marihuana y por eso pagó a Pérez Valencia \$30.000.- por algunos gramos, ya que este último era intermediario y su proveedor de marihuana y en especial de cocaína base, junto con una persona que reside en Viña del Mar.

Precisó que se inició en el tráfico de drogas el 2004 y fue condenada por ello, por eso se desvinculó un tanto de esta actividad ilegal. Indicó que la

detuvieron a bordo de una camioneta que conducía su hijo menor G., en la que ella transportaba dos kilos de pasta base evaluados en cuatro millones de pesos. Esta sustancia la entregaría a su hija residente en Viña del Mar, quien no pudo acudir a retirarla, por consiguiente, ella actuó de intermediaria.

Por último, indicó que no vendía droga a su hermano y fue éste quien le presentó a Pérez Valencia.

En cuanto al delito de tráfico de estupefacientes

(4º) **Hecho punible.** Si bien, la defensa de los acusados no cuestionó decididamente la naturaleza ni la cantidad de droga hallada en poder de cada uno de sus representados, el señor fiscal incorporó antecedentes documentales, para demostrar científicamente que las sustancias incautadas eran prohibidas por la ley 20.000. Fue este tipo de información que se leyó en el **oficio ordinario N°279**, de 29 de mayo de 2008, de la Brigada Antinarcoóticos de Rancagua, por el cual se remitió al Servicio de Salud diversas muestras de sustancias incautadas en el procedimiento por infracción a la Ley de Drogas. De tal hecho, dio cuenta el **acta de recepción N°386/08**, de fecha 29 de mayo de 2008, en el que el Servicio recibió para su análisis 8 muestras de sustancias dubitadas. Posteriormente, el 8 de julio de 2008, el Instituto de Salud O'Higgins mediante **Reservado N°711**, informó a la Fiscalía local de Rancagua, que los restos de material vegetal examinados presentaron principios activos del cáñamo

indiano (**informes N°520, 521, 522, 523, 524 y 525**).

En su turno, el director del Servicio de Salud O'Higgins, doctor Marcelo Yévenes Soto, en el reservado N°1019, de 27 de octubre de 2008, remitió a la Fiscalía de esta ciudad los protocolos de análisis correspondientes a las muestras de polvo blanco y de color beige, enviadas oportunamente al Servicio, mediante **oficio N°279/2008**, en los cuales se leyó que dos de ellas (la 9684-2008-M2-6 y M3-6) correspondieron a clorhidrato de cocaína de una pureza del 16% y la otra (la 9684-2008-M6-6) a un 66%. Por su parte, las muestras 9684-2008-M1-6; M4-6 y M5-6 delataron en dos de ella la presencia de cocaína base con una pureza del 9% y la otra con un 5%. Para efectos de prevención, se incorporó también en los oficios remisorios un **informe sobre el tráfico y acción de la cocaína en el organismo**, no así de la Cannabis sativa.

Antes de practicarse el análisis de las muestras, el personal sanitario incineró la mayor cantidad de material vegetal y químico incautado, según consta en el **acta de destrucción N°241/08**, de 6 de junio de 2008.

Pues bien, esclarecido qué tipo de sustancia prohibida se requisó aquel día, el testimonio de los funcionarios de la Brigada de Antinarcoóticos de Rancagua sirvió para reconstruir todo el procedimiento investigativo, que culminó con la detención de los acusados los días 27 y 28 de mayo de 2008. Fue por eso, que se oyó la declaración del comisario y jefe de

Narcóticos, don **L. V. O.**, quien sostuvo que cuando se hizo cargo de la unidad, en enero de 2008, existía ya una investigación de una banda criminal dirigida por la Mona (Sandra Aránguiz) e integrada por sus hijos Jocelyn y G. (quien conducía la camioneta sin licencia de conducir), quienes distribuían droga por encargo, vendían pasta base y clorhidrato de cocaína a pequeños traficantes del sector oriente y poniente de Rancagua. Para vigilar las actividades y traslados de este grupo familiar, se interceptó el teléfono celular de la cabecilla, oportunidad en que se capturaron varias conversaciones que tuvo Sandra con personas involucradas en el tráfico ilícito de drogas, ya sea porque la proveían de ésta o ella les vendía (escuchas N°**645;679;690,696,739,742,743,777,1844,9046,9147,9293** y **980**, de septiembre y diciembre de 2007 y abril y mayo de 2008).

La pesquisa- gracias a las referidas interceptaciones telefónicas- estableció además que el proveedor de clorhidrato de cocaína era un sujeto de apellido Sánchez, oriundo de Santiago (conversaciones telefónicas N°s. **674** [7 de septiembre de 2007; **761**[" tiene que guardarle eso"- 18 de septiembre de 2007]; **895** [1 de octubre de 2007]; **1078** [21 de octubre de 2007] y **1823** [13 de diciembre de 2007] y de cocaína base un tal Pérez Valencia, alias el Cano, ya que el 26 de mayo de 2008, en una comunicación por teléfono (N°**7978**), aquél informó a la Mona en un lenguaje críptico, que al día siguiente llegarían "cinco camiones" y ésta le contestó

que ella quería dos "kilómetros" solamente, por un valor de dos millones de pesos. El 27 de mayo se vigiló el domicilio de República de Siria, y en la tarde, cerca de las 17,30, cuando llegó el hijo menor a la casa, la Mona junto con su descendiente G. abordaron una camioneta Mitsubishi Dakar y se dirigieron al domicilio de calle San Fernando N°0846. Ella ingresó a éste, luego salió y con una llave activó la cerradura de la puerta del domicilio contiguo, el n°0840, y se introdujo. En ese momento, llegó Pérez Valencia y se metió al mismo lugar, permaneció unos minutos, salió y se dirigió a un domicilio de la población Manuel Rodríguez, sin saber en qué casa ingresó. Esperó que Pérez apareciera y observó que éste se devolvió a calle San Fernando 0840, e ingresó con una bolsa a ella, permaneció 15 minutos, salió sin portar nada y se fue del lugar. Luego de 30 minutos, el hijo menor de la Mona dio unas vueltas en vehículo por el sector aledaño y estacionó el móvil en las afueras de la casa. Sandra salió con una mochila que ubicó en el asiento trasero del automóvil y partieron con dirección al poniente por calle Alameda, y en una bomba YPF se detuvieron a cargar bencina. En ese lugar, se les detuvo y se incautó la mochila, en cuyo interior había una balanza digital y dos bolsas *Ziploc* con 1 kilo y 898 gramos de un polvo beige en su interior, que resultó ser cocaína base, debido a la reacción química sufrida por la sustancia ante la aplicación del reactivo. Enseguida se pidió una orden de registro y la detención de Pérez.

El policía refirió que en el domicilio de calle República de Siria, particularmente en un clóset del dormitorio de Sandra, se ubicaron dos contenedores de cocaína compacta con un peso total de 1 kilo y 504 gramos y un estuche con cinco bolsas plásticas con esa misma sustancia, de 400 gramos. Eran cerca de dos kilos los encontrados, más las dos bolsas *Ziploc* de la mochila del vehículo y un arma de fuego.

Finalmente, a Pérez Valencia se le detuvo en la propiedad de calle Infante 514 de la población Manuel Rodríguez, con 35,6 gramos y 21 papelillos de marihuana y cinco bolsas con igual sustancia, con un peso total de 288,3 gramos. Por su parte, a Sánchez Nacarate se le incautó en su domicilio de Santiago, dentro de una caja de seguridad, una bolsa con 51 gramos de pasta base, otra con 102 gramos de marihuana, 3 armas de fuego y cuatro millones de pesos en efectivo (se incorporaron **fijaciones fotográficas** de las mismas).

El detective postuló que los referidos antecedentes delataron que existía una organización compuesta por Sandra, que era la encargada de la adquisición de droga (clorhidrato y cocaína base), quien realizaba los contactos para la venta y dosificaba las sustancias, mientras que Jocelyn y G. cooperaban, transportaban y distribuían los estupefacientes. Pérez proveía de cocaína base y *Cannabis sativa*, sustancia esta última que Sandra le entregaba a Sánchez y como contrapartida éste la surtía de clorhidrato de cocaína. Se explicó que la

mujer compraba un kilo de droga que vendía en pequeñas bolsas a traficantes menores, con lo cual cuadruplicaba sus ganancias.

Por otra parte, el abogado de Sánchez Nacarate alegó que las captaciones telefónicas no aseguraban que la voz que se escuchaba era la su representado, si no se acompañaba un informe pericial que lo avalara. Para este Tribunal Oral (como se ha dicho en otras ocasiones), sin perjuicio de que, la Defensa no cuestionó la legitimidad de las intervenciones del referido medio de comunicación, las escuchas constituyeron material idóneo para acreditar el hecho punible, si se considera que el detective, don **A. M. M.** no incurrió en errores para identificar las voces de las personas implicadas en las conversaciones reproducidas en la audiencia. Es más, si se recuerda, la captura y grabación de las pláticas duró varios meses, de allí que, fuera lógico pensar y la experiencia lo avala, que el detective se familiarizó con los tonos y timbres de voz de los individuos que oía diariamente, los que grabó y escuchó sin interrupción durante todo el período referido y luego transcribió, lo que le permitía discriminar tempranamente a qué persona pertenecía la voz que oía, y así lo demostró en la audiencia, cuando explicó todas y cada una de las captaciones telefónicas grabadas, con la ayuda nemotécnica del **informe policial de transcripción sin número**, emanado de la Brigada de Antinarcóticos de Rancagua, de la Policía de Investigaciones de Chile, que se incorporó en la audiencia.

Se destaca que el informe escrito de las conversaciones telefónicas intervenidas constituyó sólo una ayuda memoria para el funcionario de Investigaciones, porque en estricto rigor, la prueba que se valoró en la audiencia fue la información, que se escuchó en el soporte técnico y la explicación lógica y creíble que el detective hizo de ella, y que este Tribunal, para los efectos de dar un orden a este registro auditivo, las singularizó de igual forma en que se hizo en el reporte policial aludido.

Además, este ente jurisdiccional recordó gracias a la experiencia adquirida en los diversos juicios orales sobre tráfico de sustancias prohibidas, como es el caso materia de esta sentencia, que las personas que realizan estas conductas transgresoras utilizan palabras muy singulares y sugerentes para referirse a las drogas, de allí que, las expresiones “melón”, “bicicleta”, “polera verde”, “hilos”, “papas”, “5 feítas”, “5 buenas mozas”, “cinco camiones” y “dos kilómetros”, etcétera, que se escucharon de boca de los acusados, no se utilizaron dentro de un contexto vinculado con alguna transacción comercial lícita de especies o inmersas en una plática que requiriere el empleo de estas expresiones, sino con el fin de soterrar los términos cocaína base, clorhidrato de cocaína y marihuana. Además, las conversaciones telefónicas corrientes ocupan más minutos y poseen un relato lógico y concatenado, en términos tales que, cualquiera persona que las escuche pueda entender que se trata de una plática sobre la compra o venta de un determinado

artículo o sobre un cierto tema. Sin embargo, en los discursos telefónicos interceptados se oyeron palabras descontextuadas, no acotadas en el tiempo ni en el espacio, carentes de un hilo conductor y con vocablos entrecortados que impresionaron como la transmisión de códigos creados para este propósito, que sólo ellos creían que podían descifrar, de muy corta duración, como si tuvieran miedo de ser escuchados y sin abarcar otros tópicos, que una apacible y distendida conversación telefónica brinda.

Tampoco se aceptó la argumentación de la defensa de Sánchez Nacarate de que el empleo de los términos “uno” o “dos” no decía relación con transacciones de kilos de sustancias prohibidas, por cuanto, se demostró que el delito de tráfico de drogas que se ventiló en la audiencia no se vinculó con pequeñas cantidades de estupefacientes, sino con grandes volúmenes comprometidos, prueba de ello fue el total del gramaje decomisado.

Por otra parte, este Tribunal Oral no exigió que las captaciones telefónicas requirieran de otro elemento asociado, tal como un peritaje técnico para avalar que las conversaciones provinieran efectivamente de los acusados, puesto que ellas se respaldaron con el procedimiento investigativo en el que aparecieron inmersas y que duró varios meses, desde principio del año 2007 señalaron los funcionarios policiales don **A. M. M.** y don **L. V.**, y por lo tanto, las pláticas grabadas no se desvincularon de la pesquisa fiscal, sino que, formaron parte importante de ella, e incluso corroboraron

los indicios criminales que la Policía tenía de estas personas.

De esta manera, desechados todos los cuestionamientos a las conversaciones telefónicas captadas, este ente jurisdiccional estuvo en condiciones de recopilarlas y ordenarlas sistemáticamente con todo el material probatorio aportado en la audiencia, particularmente con el testimonio de los funcionarios de Investigaciones, unida a la información científica y a todas las actuaciones desarrolladas por la Policía, los que constituyeron elementos vinculados de tal forma, en una trabazón lógica y armónica, sin contrariar los principios señalados en el artículo 297 del Código procesal penal, para establecer—más allá de toda duda razonable—que:

Personal de la Policía de Investigaciones, mediante escuchas telefónicas, se enteró que el día 26 de mayo de 2008, Sandra Aránguiz y Luis Pérez acordaron una transacción de droga.

Por eso, el día siguiente, la acusada Aránguiz se trasladó a la propiedad de calle San Fernando N°0840, de la población René Schneider y esperó la llegada de el Cano, quien le entregó un bolso y se retiró, luego la Mona junto con su hijo G. abordaron la camioneta, con la mochila y emprendieron rumbo al servicentro YPF, lugar en que los funcionarios de la PDI los fiscalizaron y encontraron, en el interior de la mochila, dos paquetes con un kilo 898 gramos de pasta base de cocaína y una balanza digital.

También se allanó el domicilio de el Cano (Luis Pérez) y se encontraron

21 papellitos y 5 bolsas de plástico con marihuana a granel, todo lo cual arrojó un peso de 288 gramos 300 miligramos de este estupefaciente y 35 gramos 600 miligramos de pasta base de cocaína, asimismo se incautó la cantidad de tres teléfonos celulares, la suma de \$12.000.— en dinero efectivo y otras especies.

Posteriormente y debido que en la captación de las escuchas telefónicas, se supo que Sandra Aranguiz tenía como proveedor de clorhidrato de cocaína a un sujeto llamado Mario Sánchez Nacarate, residente en Santiago. El día 28 de mayo de 2008, personal policial concurrió hasta la capital y detuvo al narcotraficante. Se allanó su domicilio de calle Lixt N°2817, de la comuna de San Joaquín, Santiago, y se encontró en su dormitorio, en el interior de una caja de seguridad, una bolsa con 51 gramos de pasta base de cocaína y 102 gramos de marihuana elaborada. Además se procedió a la incautación de tres armas de fuego, una pistola Jericó 9 mm, modelo 941, serie N°96309477 con 14 cartuchos sin percutar, un revolver Rossi, calibre 38 serie N°c280132, con 5 cartuchos sin percutar, 01 pistola Taurus calibre 9 mm, serie 07411, con 10 cartuchos sin percutar sin contar con el permiso de la autoridad respectiva, una de ellas con encargo por robo el 05 de julio de 2006; además se incautó la suma de \$.4.000.000.—, en dinero efectivo y otras especies.

Entonces, la detención injustificada de estas sustancias por parte de los acusados obtuvo connotación jurídica: la de posesión y tenencia de drogas prohibidas en grandes cantidades, y sólo correspondió desentrañar si la conducta de Sánchez

Nacarate, de contar con 51 gramos de pasta base, era constitutiva de un tráfico en pequeñas cantidades o no.

Conforme con los elementos considerados se concluyó que tal actividad configuró un delito del artículo 3°, en relación con el artículo 1° de la mencionada ley, por cuanto, si bien los referidos gramos de cocaína pudieran considerarse como una cantidad mínima, esta tenencia se asoció con otras circunstancias condicionantes del tráfico, tales como la posesión de 102 gramos de marihuana, la suma de \$4.000.000.- en la caja de seguridad, cantidad que no condijo con la situación económica del sentenciado, quien oficiaba de mecánico y constructor de obras menores según el sistema del Servicio de Impuestos Internos, rubros en el cual resulta difícil aceptar que se reúna esa cantidad de dinero, que unida con la circunstancia de hallar tres armas de fuego y varios teléfonos celulares, condujeron a la conclusión de que Sánchez Nacarate se dedicaba al tráfico de drogas y no de pequeñas cantidades.

Ahora bien, esta multiplicidad de antecedentes no estuvieron solos, sino que debieron relacionarse con las escuchas telefónicas números **674, 761,895, 1078 y 1823** que una vez oídas delataron que las conversaciones entre Sánchez y Sandra Aránguiz estaban relacionadas con transacciones recíprocas de grandes volúmenes de droga, por lo tanto, poco importó que se le incautaran 51 gramos de un estupefaciente, porque existió material probatorio para decir que antes de esa posesión Mario tuvo y vendió cantidades importantes de

estupefacientes. En atención a ello, se descartó la alegación de la Defensa tendiente a morigerar la calificación jurídica otorgada al tráfico de drogas.

Por consiguiente, los antecedentes incorporados justificaron calificar los hechos, respecto de cada uno de los acusados, como constitutivos de un delito de tráfico de estupefacientes previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la ley 20.000, de tal manera que adquirir y trasladar un kilo 898 gramos de pasta base de cocaína por parte de los acusados Aránguiz y Pérez (también tenía en su domicilio 35.6 gramos de pasta base a granel, 21 papelillos y cinco bolsas con 288.3 gramos de marihuana) y guardar 51 gramos de pasta base y 102 gramos de marihuana por parte de Sánchez, unida con los antecedentes captados en las intervenciones telefónicas, constituyeron elementos claves para calificar las referidas conductas de la manera antedicha.

Además, el despliegue de esfuerzos mancomunados de estos sujetos demostró la existencia de una pequeña asociación delictiva, que contaba con un organigrama (**F3.3**) con acciones muy bien delineadas: un mujer con antecedentes por narcotráfico que vendía droga asociada con su hija Jocelyn y su hijo menor de edad G., quien conducía el vehículo en que se trasladaba ésta, sin contar con licencia de conducir. Mientras que los acusados Sánchez y Pérez eran sus proveedores más inmediatos.

Se señala que para configurar el delito de tráfico de drogas en contra de la acusada Aránguiz, no se consideró la cantidad de sustancias prohibidas halladas en calle República de Siria, por cuanto existió una razón para ello, según se dirá más adelante.

(5°) Participación de los acusados en el tráfico de drogas. La autoría de los sentenciados se determinó con la misma prueba de cargo, particularmente con el mérito probatorio que se otorgó a los dichos de los funcionarios de la Policía de Investigaciones, que dieron cuenta de la actividad ilícita desarrollada por éstos, unido en forma complementaria con el contenido de las escuchas telefónicas, en los que se delató que Aránguiz vendía estupefacientes y en grandes cantidades a terceros y algunas veces se auxiliaba de su hermanastro el Nany. También de las escuchas se develó que existió una relación entre la Mona y el acusado Sánchez Nacarate, quienes se proveían mutuamente de sustancias prohibidas, por cuanto la acusada entregaba en forma esporádica marihuana y el varón le suministraba clorhidrato de cocaína desde la ciudad de Santiago. Por su parte, Pérez no sólo intermediaba entre un proveedor de droga y la Mona, sino que, también vendía.

Todo lo anterior permitió otorgar a los acusados la calidad de autores del artículo 15 N°1 del Código penal, en las conductas típicas de tráfico descritas en el artículo 3° y sancionada en el 1° de la ley 20.000, consistente en poseer, guardar, transportar y transferir clorhidrato de cocaína y pasta base, de allí que, sus acciones

correspondieron a las de ejecutores materiales, en los términos del artículo 15 N°1 del Código penal.

En cuanto al delito de lavado de dinero, del artículo 27 de la ley 19.913

(6°) Hecho punible. El Ministerio Público propugnó por perseguir la responsabilidad penal de Sandra Aránguiz en el delito de lavado de activos, previsto en el artículo 27 letra a) y b) de la ley 19.913, que establece un castigo de presidio a las personas que, de cualquier forma, oculten o disimulen el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen directa o indirectamente, de la perpetración de alguno de los delitos contemplados en la ley 19.366 (léase 20.000) que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

El ocultar o disimular es esconder, tapar o encubrir algo, callar, disfrazar o solapar algo para que parezca distinto de lo que es. Con este significado se puede decir que, si una persona cuenta con algún bien (del cual no desea se sepa su origen) lo disfraza y oculta su procedencia.

La misma ley precisa también, en su último inciso, que: *si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en el artículo 27, será también sancionado conforme ésta.* Lo que significa en buen castizo que: si Sandra Aránguiz incurrió en conductas de tráfico merece un castigo por ello y si además, ocultó o disimuló el origen ilícito de los bie-

nes producto del tráfico, también será sancionada de manera independiente por tal ilicitud.

En este escenario jurídico, el fiscal se encargó de demostrar que la acusada Sandra Aránguiz (alias la Mona) y su hija Jocelyn contaban con un patrimonio compuesto de bienes raíces y depósitos de dinero en cuentas de ahorro, los cuales adquiría y en las otras atesoraba el dinero conseguido con la venta de droga, a pesar de que ninguna de ellas ejercía una profesión u oficio conocido que les reportara ingresos y utilidades para justificar esos peculios.

La verdad oficial era que Sandra Aránguiz y su hija Jocelyn no cotizaban en el sistema público de salud, por estar calificadas como indigentes (tramo A), según FONASA (**ordinario N°001419** de 18 de abril de 2008), Sandra no estaba vinculada con una isapre (**oficio N°924** de 28 de marzo de 2008, de la Superintendencia de Isapres. **F.2.37**); no tenían registro de aviso de inicio de actividades económicas, ni investigación administrativa o recopilación de antecedentes en el Servicio de Impuestos Internos (**oficio N°205 y 350-08** de 5 y 26 de mayo de 2008, respectivamente **F.2.20 y 23**). Jocelyn no estaba adscrita a una A.F.P (**Oficio N°2521** de 9 de abril de 2008 del INP); sí, Sandra, quien registraba una primera cotización en noviembre de 1986 en la AFP HABITAT y como última en abril de 1991 (oficio respuesta de 12 de enero de 2009, **F.2.49**). Tampoco figuraban como clientes titulares ni adicionales de tarjeta de crédito “Giros Express” otorgada por ABC

o DIN (oficio respuesta de 5 y 6 de mayo y 20 de junio de 2008. **F.2.21, 22 y 32**).

A todo estos elementos que delataron la carencia de recursos por parte de Sandra y Jocelyn, se unió el hecho de que la acusada estaba al cuidado y mantenimiento de tres hijos menores de edad y una hija universitaria, sin recibir el aporte de otra persona, porque poco o nada se supo de aquel que pudo proporcionarle su actual pareja Gerardo, \$300.000 según ella, pero los testigos de la Defensa, doña **Sara Bravo González** y **Patricia Bravo Padilla** informaron que el conviviente de Sandra se dedicaba a la venta de gas licuado, efectuaba “pololitos” de instalación de sistemas de electricidad y tenía problemas de alcoholismo, por lo que mal pudo hacer el aporte que refirió el perito **Andrés Ortiz Vidal**, lo que presagiaba que era aún más precaria la condición económica de la mujer y de su grupo familiar, anticipada por la información brindada por los organismos públicos.

Sin embargo, el señor fiscal acreditó que el patrimonio de Sandra Aránguiz y de su familia contaba con varios activos. Según la información entregada por el Servicio de Impuestos Internos (**oficio N°205** de 5 de mayo de 2008-**F.2.20**) la acusada contaba con cinco propiedades, inversiones en fondos mutuos y depósitos, tanto a nombre propio como de sus descendientes menores, mientras que su hija Jocelyn registra compraventa de vehículos, depósitos en fondos mutuos y en el año 2007 compra un bien raíz. En su turno, la

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras informó que Sandra aparecía con operaciones vigentes en el Banco del Estado y en el del Desarrollo (ordinario 1441 de 6 de junio de 2008. **F.2.30**).

El primer banco refiere en el oficio N°55 de 12 de mayo de 2008 (**F.2.23**), que la mujer mantiene cuentas de ahorro vigentes con determinados montos de dinero al 10 de octubre de 2008. Ellas son: número 3816041xx (\$698.679.-); 3816083xx (\$189.431); 38162xxx (\$14.786.540.); 3816257xxx (\$11.525.504.-). También sus hijos cuentan con ellas: G. con la XXX (\$10.946.139.-), S. con la XXX (\$12.327.400.-) y J. con la XXX (\$11.234.965.-). Por su parte, el Banco del Desarrollo sostiene que la acusada Aránguiz no tiene cuentas corrientes, a la vista o de ahorro en esa institución (carta respuesta de 12 de mayo de 2008, **F.2.26**) y que su fiebre por invertir no abarcó la compra de acciones en sociedades anónimas, como lo señaló por oficio la Intendente de Valores subrogante de la Superintendencia de Valores y Seguros (**F.2.27**)

Las propiedades raíces de Sandra Aránguiz eran:

En **primer lugar**, el inmueble de pasaje San Fernando N°0874 de esta ciudad (escritura pública de compraventa de 23 de abril de 1998, por un valor de M\$5.5"-**F.2.11** y **D.2.10**);

En **segundo lugar**: el inmueble de pasaje San Fernando N°0846 (escritura pública de compraventa de 29

de diciembre de 1998, en la suma de M\$6.5-**F.2.13** y **D.2.11**);

En **tercer lugar**: el inmueble de calle 6 Sur N°3269 de la población Gómez Carreño de Viña del Mar (escritura de compraventa de 17 de enero de 2002, adquirida en M\$7, al contado. **F.2.5**);

En **cuarto lugar**: el inmueble de pasaje Pomaire N°665 (escritura pública de compraventa de 10 de enero de 2007, en la suma de M\$5-**F.2.10** y **D.13**);

Y en **quinto lugar**: la propiedad de calle Manuel Egaña N°0214 de la población Manuel Rodríguez (escritura de compraventa de 16 de diciembre de 2005, en M\$4- **F.2.12**).

Pero existieron dos inmuebles más:

A) El de la comuna de Machalí, de forma rectangular, de 600 metros cuadrados (escritura pública de compraventa de 12 de marzo de 2007, que adquirió en seis millones doscientos mil pesos-**F.2.14/D.2.14**), y

B) El bien raíz ubicado en XXX, que compró la acusada e inscribió a nombre de su hijo menor de edad G.G., el 6 de mayo de 1998, en M\$7 (**F.2.19**).

Pues bien, la acusada refirió que adquirió los bienes luego de vender una propiedad, que en parte heredó y en parte consiguió por cesión onerosa de derechos hereditarios. Posteriormente arrendó estos inmuebles y reunió las rentas de arrendamiento percibidas para adquirir una propiedad en Viña del Mar. Por último,

se decidió a vender dos de las fincas adquiridas primeramente y a comprar igual número.

Para acreditar los actos jurídicos aludidos, la Defensa incorporó copia de la inscripción de 23 de octubre de 1996, consistente en la resolución que concede la posesión efectiva de la herencia intestada de Blanca Padilla y de Aliro Bravo Soto, a sus hijos legítimos y a su hija natural (Sandra Bravo González) (**D.2.2**); copia de la inscripción especial de herencia del sitio denominado La Chacra Las Mercedes, ubicada en la comuna de Rancagua (**D.2.3**), como de la inscripción de la compra de los derechos hereditarios que hizo la acusada a sus hermanastros, en la suma de M\$5, sobre el predio referido (**D.2.4**).

Luego la acusada vendió La Chacra a un ciudadano coreano, el 23 de abril de 1998, en la suma de M\$25 que percibió al contado (**F.2.8**) y que se inscribió el 15 de mayo de 1998 (**D.2.5**). Sandra con el precio de la venta del predio bien pudo adquirir (dada la proximidad de tiempo entre la enajenación de La Chacra y la adquisición de las viviendas, como de los precios involucrados en las mismas) las dos propiedades ubicadas en el pasaje San Fernando N°0874 y 0846, con un valor de M\$5.5, el 23 de abril de 1998 (**PD.2.10**) y M\$6.5 el 29 de diciembre de 1998 (**D.2.11**) respectivamente; la del pasaje Juan Mackenna N°0246 de la población René Schneider en M\$8, el 11 de mayo de 1998 (**PD.2.8**) y la del pasaje 3 N°159 en M\$7. Ahora bien, pese a que la suma total de sus valores excedió los veinticinco millones

que percibió por la venta del sitio, el Tribunal aceptó la dinámica de enajenaciones y adquisiciones, por considerarla medianamente plausible y por no saber cuáles de todos los inmuebles estaba contaminado con dinero sucio y en qué porcentaje.

Posteriormente, Sandra Aránguiz vendió en el año 2004 el inmueble del pasaje 3 N°0159 en M\$7 (se acompañó fotocopia del **cheque** extendido el 10 de marzo de 2004 por la Municipalidad de Rancagua) y el de Juan Mackenna, el 25 de agosto de 2005, en M\$14 (**D.2.9**). Con el producto de estas ventas, la acusada adquirió, el 16 de diciembre de 2005, el inmueble de calle Manuel Egaña 01214 de la población René Schneider, en la suma de M\$4 (**F.12**). Al año siguiente, el 14 de septiembre de 2006 compró una propiedad de forma rectangular, de 600 metros cuadrados ubicado en la comuna de Machalí, en M\$6 (**D.2.14**) y el 10 de febrero de 2007, la propiedad de pasaje Pomaire N°665 de la población Manuel Rodríguez en M\$5, inscrita el 22 de enero de 2007 (**F.2.10** y **D.2.13**).

Toda esta dinámica de ventas y adquisiciones como el monto de los dineros involucrados, calzó perfectamente con la suma con la cual pudo contar la acusada con motivo de las enajenaciones anteriores, por lo tanto, se considerarán legítimas las convenciones celebradas.

Pero la historia de las adquisiciones de propiedades raíces por parte de la sentenciada continuó, ya que se aportaron más antecedentes sobre su patrimonio, al colacionarse en la

lista de bienes otros cuya compras no aparecen justificadas y no se explica convenientemente de dónde obtuvo el dinero para adquirirlos.

Los casos cuestionados corresponden al inmueble comprado el 17 de enero de 2002, en calle 6 Sur 3269 del grupo habitacional Almirante Gómez Carreño de Viña del Mar, en M\$7 pagados al contado y en dinero efectivo, que se inscribió el 13 de febrero de 2002 (**D.2.12**) y el que adquirió en favor de su hijo G., ubicado en XXX, en la suma de M\$7, el año 1998, pero éste ya fue transferido en el año 2004, por lo tanto, poco importó para los efectos que se dirán.

Si cuando adquirió los cuatro bienes raíces en el año 1998 contaba con casi la totalidad del dinero para hacerlo y del cual se supo su origen, salvo dos millones de pesos, ahora, para comprar los dos inmuebles referidos en el párrafo anterior no contaba con recursos económicos conocidos, salvo que tuviere una fuente de financiamiento ilegal. Esto quiso decir que la acusada se dedicó a otra actividad que le generó grandes ingresos, como para adquirir más bienes de aquellos que consiguió con la venta de La Chacra y antes de enajenar dos de sus propiedades. Aquellas fincas las pagó de contado y libres de gravámenes, condiciones que se disocian de lo que un particular hace cuando adquiere un inmueble en el mercado inmobiliario. En él las heredades se compran por lo general con hipoteca para asegurar el pago del precio.

Ahora bien, si no tuvo como acreditar la adquisición de los dos bienes raíces cuestionados, menos pudo demostrar cómo consiguió hacerse de las cantidades de dinero depositadas en bancos comerciales, particularmente en las cuentas de ahorro ya singularizadas.

Varios puntos se desean aclarar, antes de desenmascarar la actividad oculta que desarrolló Sandra para adquirir más propiedades, es que también resultó inexplicable cómo la acusada solventó el pago de cinco millones de pesos para adquirir los derechos hereditarios que tenían sus hermanastros en la propiedad de La Chacra, en el año 1998. Una respuesta posible de aceptar, aunque no se justifica, es que el precio de la cesión de derechos fue simulado. Si ello fuera así, sería más reprochable hacerlo en un documento público porque se estaría ante un posible delito de falsificación ideológica, pero ello se hace y se continúa haciendo, por eso no pareció inverosímil que se consignare en el documento que Sandra Aránguiz “desembolsó” la cantidad referida, para pagar los derechos en cuestión.

No se consideró como algo inexplicable tampoco, la adquisición de la propiedad de pasaje Panilonco, bloque n°1046, departamento 102 de la población Baltazar Castro, en la suma de \$2.232.402.-, por cuanto el precio se enteró con un ahorro previo de \$145.000.-, un subsidio habitacional de \$1.500.000.- y un préstamo de Serviú de \$530.000.-; antecedentes que se extrajeron del informe contable de **Andrés Ortiz**, de la escritura de compraventa, mutuo e

hipoteca (**D.2.6**) y del contrato de compraventa y alzamiento de 11 de diciembre de 2007 (**D.2.7**), en el que se consignó además que la acusada vendió esta propiedad con posterioridad, en una suma equivalente a UF 227, sin que se acreditara la tradición de ella.

Tampoco la compra del inmueble de pasaje Chopo N°1.259, el 30 de noviembre de 2007, en \$22.696.608 (**D.2.15**), resultó inexplicable, ya que su valor se financió con un crédito hipotecario otorgado por el Banco del Desarrollo. Ahora bien, para conseguirlo se presentaron antecedentes falsos al banco: certificado de cotizaciones Provida y un contrato de trabajo, debido a que, Sandra no contaba con un trabajo lícito que aseguraría el pago de las cuotas (**Carpeta F.2.38**). De dicho crédito se cancelaron algunos dividendos (se incorporó un comprobante **D.2.17**), y al parecer no se pagaron otros, por lo que, la institución financiera envió un **aviso de cobranza (D.2.16)** a la deudora.

La fuente de ingresos para adquirir la propiedad fue legítima al derivar de un préstamo, no así la forma en que se consiguió, pero eso implicaría escarbar en otra arista del caso que escapa del conocimiento del Tribunal. Lo único contaminado de todo esto serían los dividendos que la acusada pagó al banco, por provenir presuntamente de una fuente ilícita al cual condujo el hilo conductor de la pesquisa fiscal.

Ahora bien, se dijo que las inversiones de Sandra pudieran justificarse en parte con la venta de una propie-

dad que recibió como herencia, sin embargo, este acto jurídico no alcanzó a financiar el total de adquisiciones de bienes raíces y los dineros invertidos en cuentas de ahorro bancarias que posee la sentenciada (\$26.278.835.-) y algunos de los integrantes de su grupo familiar (\$49.839.561.-), de allí que, el incremento patrimonial sustantivo no tuvo otra explicación plausible que la postulada por el Ministerio Público, de que la acusada se dedicaba al tráfico ilícito de estupefacientes en épocas anteriores y coetáneas con la adquisición de los bienes raíces y con la fecha de los depósitos.

Que Sandra no necesitaba trabajar por ser rentista afirmó su Defensa, tampoco consiguió sustento en la realidad, si se considera que no declararon en la audiencia los supuestos arrendatarios de los inmuebles adquiridos ni se incorporaron antecedentes escritos de ellos. Además, se debe recordar que la familia de la acusada no está conformada por adultos únicamente, sino que por tres hijos de distintas edades: G. de 17 años, J.I. de 8 años y S.I. todos G.A. (se incorporaron **certificados de nacimiento** de ellos) que generan gastos fijos y otros fluctuantes y una hija universitaria Jocelyn, a quien extrañamente le pagaron sus aranceles universitarios en la universidad de Las Américas, en la ciudad de Viña del Mar, al contado durante todo el tiempo que duraron sus estudios, esto es, entre el 2004 y el 2007 (**carta oficio** de 9 de mayo de 2008-**F.2.34**), por lo tanto, no pudo vivir únicamente de las rentas de arrenda-

miento que cobraba, dado los gastos que significa solventar a una familia, además no se demostró a cabalidad la existencia de los supuestos arrendatarios que pagaban renta, ya que la única mención que se hizo de ellos la hicieron los detectives que practicaron el procedimiento de detención y allanamiento de uno de los inmuebles de Sandra, y una testigo no muy bien enterada de los hechos. Por su parte, los policías señalaron que una vez que se retiraban del lugar, se les acercaron unas personas que dijeron ser arrendatarios de la casa de calle San Fernando, sin dar mayores antecedentes. Esta existencia innominada fue insuficiente para establecer los vínculos contractuales que alegó la acusada.

Tampoco pudo usufructuar de estas rentas (si es que existieron) si se supone las ahorra para adquirir más bienes raíces, entonces ¿cómo satisfacía ella y su familia sus necesidades más elementales?

Ahora bien, el hecho de que Sandra Aránguiz vendiera ropa de marca o joyas, como lo comentó una testigo y algo se escuchó en una conversación telefónica, éstas le reportarían (de ser ciertas) no más de \$100.000.- mensuales, que se consumirían por completo en satisfacer las necesidades básicas de la familia y de ella, sin que pudiera ahorrar las cantidades de dinero que aparecen depositadas a su nombre y en el de sus hijos, ni gozar de la vida holgada que observaron los detectives **L. V.**, **A. M.** y **D. O.**, quienes las vigilaron continuamente y nunca la vieron desempeñar un trabajo remunerado, sino que, deambu-

lar como pasajera de un vehículo de un sitio a otro y comprar elementos de construcción.

Entonces, por un lado la información oficial habló de que la acusada y su familia pertenecen al quintil vulnerable de nuestra sociedad, dado que no tienen cubiertas sus contingencias de salud, vejez y sobrevivencia, y por otro, el aparato financiero privado secundado por el estatal, unido a lo señalado por el funcionario de la BRILAC Á. B., quien en su informe contable (se incorporó uno materialmente) indicó que el patrimonio de la acusada y de su familia bordea los M\$211 ¿Cómo se explica esta antinomia?

La única respuesta que se obtuvo para justificar los dineros con los cuales realizó estos actos jurídicos fue la comisión de delitos descritos en la actual ley 20.000.

Para configurar el referido delito grave y base que explicaría el patrimonio acumulado por la imputada, se tuvo en consideración un antecedente cierto e indubitado de que Sandra ya fue condenada en el año 2004 por el delito de tráfico de estupefacientes, sanción que cumplió en libertad y eso le permitió seguir vinculada nuevamente con el narcotráfico que no le era ya ajeno. A lo anterior se unió lo señalado por el policía **L. V.**, quien refirió que cuando él asumió la jefatura de la PDI, en enero del 2008, se hizo cargo de una investigación policial iniciada bastante tiempo atrás, orientada a desbaratar una banda criminal organizada y dirigida por Sandra Aránguiz, alias “La Mona”, junto con sus hijos Jocelyn y G., para

la venta de pasta base y clorhidrato de cocaína a traficantes de menor monta del sector oriente y poniente de Rancagua. En esta actividad Sandra se dedicaba a la compra, hacia los contactos para vender y dosificaba la droga, de tal manera que obtenía una mayor ganancia, mientras que sus hijos Jocelyn y G. la distribuían. También se vinculaba con personas que se dedicaban al tráfico, lo que se acreditó con las escuchas telefónicas, referidas por el policía **A. M.**, oportunidad en que se oyeron las conversaciones que mantenía Aránguiz con su hermanastro, también condenado por tráfico de drogas (así lo aseveró doña **Sara Bravo González**). Sandra se delataba con sus propias palabras, cuando dejaba de manifiesto que mantenía una relación estrecha con un ambiente criminógeno asociado con el narcotráfico. En sus parlamentos decía de la necesidad de que sus proveedores la surtieran de cantidades importantes de estupefacientes y de que su clientela quedare satisfecha del producto ilícito que les ofrecía, ya que conocía sus gustos y preferencias.

Se contó también con lo expresado por el funcionario de la Policía de Investigaciones **D. D. O.** y **E. R. N.**, quienes señalaron que la acusada Aránguiz contrató un préstamo hipotecario con el Banco del Desarrollo, para lo cual presentó documentación falsa en la que figuraba como trabajadora contratada y contaba con un ingreso legal. Incluso se acompañaron liquidaciones de sueldo desde mayo a octubre del año 2007 y certificado de cotizaciones previsionales

desde octubre del 2006 a septiembre de 2007, todo ello sancionado por un contrato de trabajo celebrado con una persona inubicable, de fecha 10 de febrero de 2006. Entonces, no cupo duda que Sandra no podía justificar el origen de su dinero, sino para qué falseó su realidad laboral y financiera.

Este cúmulo de antecedentes permitió establecer que Sandra Aránguiz, se dedicaba en forma continua al delito de tráfico de drogas y que el producto obtenido con esta ilicitud lo destinó a adquirir bienes raíces, contrató depósitos bancarios e hizo inversiones otras inversiones, tanto a nombre propio como en el de sus hijos. Por consiguiente, los bienes que constituyeron el objeto material del delito de lavado de activos, provinieron directa o indirectamente del hecho ilícito base de tráfico ilícito de estupefacientes, cometidos durante varios años y que se descubrió formalmente el 27 de mayo de 2008.

El adquirir bienes y efectuar depósitos constituyó una forma de ocultar y encubrir el origen ilícito del dinero obtenido con la venta de droga, ante la ausencia del desarrollo de una actividad mercantil legal que lo justificare, por lo tanto, esos dineros no pudieron tener otro origen que no sea la ejecución de hechos asociados con el narcotráfico. En esta labor de blanqueo no sólo se involucró ella, sino que vinculó a su hija Jocelyn como testafarro, a quien incluso le compró inmuebles, cuando ésta tenía pocos años, e igual cosa hizo con su hijo G.. Ejecutó estos actos con personas de su confianza y con las cuales la vincu-

laban nexos de parentesco, porque en caso de necesidad podría recuperar rápidamente el dinero invertido, además no perdía el control o la facultad de disponer de lo suyo.

Como la adquisición de los bienes inmuebles y la utilización de las ganancias obtenidas con motivo del tráfico de drogas, era conocido por la acusada, ya que ella misma lo ejecutaba, esto importó establecer que actuó a sabiendas de que los beneficios económicos ilegales estaban contaminados por su fuente de origen: el narcotráfico.

De este modo, los elementos antes referidos interpretados sin contrariar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permitió establecer la siguiente secuencia fáctica:

Con anterioridad al año 2002 y con posterioridad a él, la acusada Sandra Aránguiz invirtió y depositó los dineros conseguidos con la venta de estupefacientes, en bienes raíces y en cuentas de ahorro principalmente, para ocultar recursos monetarios que provenían de una fuente espuria; el tráfico ilícito de estupefacientes, actividad que se develó formalmente el 27 de mayo de 2008.

El hecho antes descrito constituyó una infracción al artículo 27 letra a) y b) de la ley 19.913, que prevé y sanciona el lavado y blanqueo de activos, al ejecutar acciones de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes obtenidos con ganancias del narcotráfico, como también poseer y usar de las referidas cosas.

Por su parte, la prueba de la Defensa fue insuficiente para acreditar la procedencia lícita de los ingresos de la condenada, pues el peritaje relatado por el contador auditor **Andrés Ortiz Vidal** sólo dio cuenta, y en forma parcial, de las inversiones en bienes raíces (se reconoce que ese era su cometido), sin analizar o considerar los importantes volúmenes de dinero que la condenada mantenía en cuentas de ahorro, lo que habría hecho variar ostensiblemente sus conclusiones respecto del patrimonio de la sentenciada y de cómo se hizo de éste. Por lo demás, el trabajo del profesional no obtuvo respaldo documental, ya que la única fuente de información según reconoció, fueron los dichos de Sandra Aránguiz y ya se supo que sus palabras no retrataron fielmente la realidad.

Tampoco las expresiones del profesional obtuvieron correlato probatorio externo, con respecto a las supuestas rentas de arrendamiento e ingresos por venta al detalle de ropa de marca y joyas, que dijo desarrollar la sentenciada, las que necesariamente debieron contar con algún otro tipo de antecedentes, tal como la venta de prendas que por muy informal que sea, siempre existe algún dato independiente de la declaración de quien la ejerce.

De igual modo, las declaraciones de los testigos **Sara** y **Patricia Bravo** no sirvieron para asentar los fundamentos de la Defensa, respecto de que todo su patrimonio provenía de su esfuerzo personal como producto de negocios lícitos, puesto que las actividades que ellas describieron y que

podieron generarle ciertos ingresos, no fueron suficientes para justificar su cuantioso patrimonio, sin perjuicio de que tales trabajos no se acreditaron fehacientemente. Sobre este punto, el Tribunal extrañó la presencia en el juicio de arrendatarios de la acusada o de clientes frecuentes, que hubieran refrendado las aseveraciones de los testigos cuestionados, para generar la convicción de que Sandra Aránguiz ejercía efectivamente las actividades que ellas reseñaron o que contaba con las rentas de arrendamiento que dijo percibir. También hubiera sido importante contar con los contratos de arrendamiento y vales que el perito aseguró haber visto en la carpeta investigativa, pues sus dichos no fueron suficientes para incorporar tales antecedentes, ya que no se supo de la procedencia de los documentos, de la fecha, de los montos ni de los inmuebles a los que hacían referencia. Tampoco sirvió un ejemplar del diario **ENE-DATO**, incorporado por la Defensa, tendiente a demostrar el valor de las viviendas y el arriendo módico que se cobra por el tipo de casas que tiene la acusada, ya que lo importante habría sido contar con antecedentes más directos.

En cuanto a la participación de Sandra Aránguiz en el **delito de lavado y blanqueo de activos**, en los términos del artículo 15 N°1 del Código penal, éste se acreditó con el mérito probatorio que se otorgó a la información contenida en las escrituras de compraventa incorporadas en la audiencia, al contenido argumentativo inmerso en los oficios de las entidades bancarias con los que se acreditó

los dineros existentes a su nombre y al de sus hijos y con las explicaciones dadas por los policías **E. R. N. y D. O. D.**, como también con lo señalado por el perito **A. B. D.**

Cabe precisar que no correspondió a este Tribunal pronunciarse sobre algún aspecto que dijera relación con la situación procesal de Jocelyn Valenzuela, ya que hacerlo, podría contrariar lo resuelto en la sentencia que la condenó como autora de lavado y blanqueo de activos y tráfico de droga, y de la cual no se supo su texto ni las razones que tuvo el Tribunal de Garantía para así decidirlo, por lo tanto, esta Sala evitó emitir una decisión que pudiera ser incompatible con lo ya resuelto. Igual actitud adoptó con respecto la documentación incorporada y que se vinculó con aquella persona.

En cuanto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego

(7°) Hechos punibles y participación. El Ministerio Público dedujo acusación en contra de la acusada Sandra Aránguiz Padilla y contra Mario Anthony Sánchez Nacarate, como autores de la ilicitud antes referida, fundada en el hecho de que en un dormitorio del domicilio de República de Siria, que era supuestamente la residencia de la acusada, se encontró un arma de fuego. Con relación a Sánchez Nacarate, el fiscal sostuvo que éste era responsable del delito del artículo 5 con relación al 9 de la ley 17.798, por cuanto tenía varias armas de fuego en el interior de una caja fuerte que mantenía en su domicilio.

Para establecer la ilicitud relacionada con Aránguiz, se incorporó el testimonio del funcionario de Investigaciones, don **L. V. O.**, quien señaló que en el dormitorio de esta mujer junto con la droga hallada, se encontró un arma de fuego marca Astra, calibre 32 y 8 cartuchos, apta para ser disparada según lo señaló el perito **Marcelo Troncoso Vergara** y sin que la persona que la poseía contara con la autorización para ello, así se consignó el **informe de la Comandancia Guarnición Ejército de Cachapoal**.

Esta Sala del Tribunal Oral decidió absolver a la acusada de la imputación que se le hizo por este delito, debido a que, si bien se acreditó que ella residía habitualmente en el inmueble de calle República de Siria, también se asentó como hecho de la causa que la mujer no era la única moradora de la casa; circunstancia compatible con el suceso de que el inmueble está inscrito a nombre de su hija Jocelyn, quien lo frecuentaba con cierta periodicidad, es más, personal policial le detuvo allí o bien en sus inmediaciones y se le condenó como autora del delito de tráfico de estupefacientes.

Con relación a la situación legal de Jocelyn conviene dedicar algunas y reflexiones, que deciden también el destino de su madre. Sostener que la droga encontrada en República de Siria perteneció a la acusada Sandra Aránguiz constituyó una tesis temeraria, si se considera que a su hija se le detuvo con \$300.000.- y con joyas, pero sin droga. Si se asentó esta circunstancia en el juicio, entonces este Tribunal no obtuvo respuesta para el

hecho de que se condenara a la hija de Sandra como autora del delito de tráfico de estupefacientes, si no portaba droga en el momento de su detención. La única explicación que pareció posible fue que se le imputó la circunstancia de guardar droga en el inmueble de República de Siria y por eso se le condenó. Si ello fue así, Jocelyn también pudiera ser responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, puesto que, la regla general es que aquel que mantiene droga se protege con un arma de fuego.

Como se desconocieron los hechos por los cuales se condenó a la hija de Sandra, resultaría una elucubración sostener como suceso indubitado que se imputó a Jocelyn la guarda de droga en el domicilio de República de Siria, pero tampoco se pudo descartar como posibilidad, y ante este escenario tan incierto, esta sala del Tribunal Oral no se arriesgó a condenar a la acusada como autora del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, dada la conexión tan estrecha que existe entre posesión de droga y tenencia de arma, cuando ambas se descubren en un mismo lugar.

Ahora bien, para arribar a un veredicto condenatorio en contra de Sánchez Nacarate, el representante del Ministerio Público incorporó los testimonios de los funcionarios de la Policía de Investigaciones, don **L. V.** y **A. M. M.**, quienes estuvieron contestes en señalar que en el domicilio de Sánchez ubicado en calle Lizst N°2817 de la comuna de san Joaquín de Santiago, en una caja de seguridad, el sujeto guardaba, entre otras cosas,

tres armas de fuego cortas (una pistola Astra 4.000 con cargador, no inscrita; un revólver Rossi, calibre 38, inscrito a nombre de Cristian Contreras y una pistola Jericó calibre 9.19, registrada a nombre de la P.D.I., las dos últimas con encargo por robo) con sus respectivos cartuchos y todas en estado operacional (que se exhibieron en la audiencia), como lo señaló el perito **Marcelo Troncoso Vergara**, además la persona que las guardaba no contaba con la autorización para su tenencia, según se consignó en el **informe de la Comandancia Guarnición Ejército de Cachapoal**.

Con los referidos antecedentes testimoniales y técnicos interpretados sin contrariar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, conforme con el artículo 297 del Código procesal penal, se estableció el siguiente hecho:

“El día 28 de mayo de 2008, personal de la Policía de Investigaciones de Rancagua se apersonó en el domicilio de Sánchez Nacarate, de calle Liszt N°2817 de la comuna de San Joaquín de Santiago, e incautó en el interior de una caja de seguridad tres armas de fuego aptas para ser disparadas y sin que su poseedor tuviera autorización legal para detentarlas”.

El hecho precedente configuró el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en los artículos 5 y 9 de la ley 17.798, pues se encontró en poder del acusado Mario Sánchez tres armas de fuego con sus respectivos cartuchos, sin que contara con la autorización requerida, según se

acreditó con el **oficio número 1595** emitido por el Comandante General de la Guarnición del Ejército de las VI y VII Regiones.

También con los referidos antecedentes de cargo unido con las palabras del acusado, quien reconoció que las armas eran suyas, se estableció la participación de Sánchez Nacarate en el delito antes indicado, en los términos del artículo 15 N°1 del Código penal, no así para Sandra Aránguiz.

Cabe precisar que en atención a la decisión arribada, se desechó la argumentación de su Defensa cuando sostuvo que Sánchez contaba con tres armas en su domicilio para su defensa personal, cuestión inaceptable si se considera que nadie compra ese número de armas para su proteger su integridad física, por lo que, resultó más plausible creer que lo hizo para defender la droga y el producto obtenido de su venta (\$4.000.000.-), razonamiento que además desbancó la posibilidad de sancionar al acusado con una pena de multa, ya que la explicación más plausible que se impuso era que la presencia del armamento en el domicilio del acusado, se destinaba a resguardar el tráfico de drogas que ejercía.

Con relación a la agravante del artículo 12 de la ley 17.798, se dirá que concurre ésta debido a que el acusado Sánchez Nacarate cometió el delito del artículo 9° de la referida ley, con más de dos armas de fuego.

En cuanto a la ilicitud de recepción

(8°) Hecho punible y participación.

El Ministerio Público dedujo acusación en contra de Mario Sánchez Nacarate, como autor del delito del artículo 456 bis A del Código penal, fundado en el hecho de que, el día 28 de mayo de 2008, personal policial encontró en su domicilio ubicado en calle Lizt N°2817 de la comuna de San Joaquín, de Santiago, entre otras cosas tres armas de fuego.

La referida descripción de hechos se elaboró en el juicio con el testimonio de los funcionarios de la Policía de Investigaciones, don **A. M. M. y L. V. O.**, quienes así lo relataron en la audiencia.

El fiscal para acreditar el delito de receptación postuló como presupuesto fáctico que el acusado mantenía una de las armas con encargo por robo cometido a don Cristián Marcelo Contreras Medina, el 5 de julio de 2006. Estos hechos se confirmaron con la declaración del perito don **Marcelo Troncoso**, con el **informe de Guarnición del Ejército** y con el mérito probatorio otorgado a las **fijaciones fotográficas (F3.21)**, en las cuales se apreciaron las armas de fuego en cuestión y el lugar en las cuales se guardaban.

El justiciable señaló en la audiencia que adquirió las tres armas en la suma de \$300.000.-, en el persa del Bío-Bío de Santiago, lugar en que se venden especies mal habidas.

Ahora bien, validar como elemento de prueba la referida declaración importaría casi establecer los elementos del delito con el mérito de

la propia del sentenciado, lo que está prohibido por el artículo 340 inciso final del Código procesal penal, por eso bastó para acreditar la ilicitud que una de ellas, el revólver Rossi, calibre 38 inscrito a nombre de Cristian Contreras, tuviera encargo por robo, y a esto se agregó la pistola Jericó calibre 9.19 registrada a nombre de la P.D.I, que adolecía también del mismo reproche.

Entonces, el delito de receptación previsto en el artículo 456 bis A del Código Penal, se configuró con el hecho de que ambas armas tuvieran encargo por robo, lo que constituyó un antecedente más que suficiente para establecer su mala procedencia, si se considera que todo armamento se adquiere en el comercio establecido y conforme una estricta reglamentación que el justiciable no satisfizo. No la adquirió en una armería, sino que en una feria y por eso le vendieron armas robadas.

Ahora bien, en el caso que nos ocupó: la información del lugar de adquisición de las armas (feria del Bío Bío), las circunstancias irregulares en que fueron compradas (comercio informal y en ausencia de documentos oficiales de por medio) y el hecho de que el acusado contaba con antecedentes penales inhabilitantes para adquirir armas, como también el precio vil que pagó por ellas, establecieron que el sentenciado sabía o no podía menos que conocer el origen ilícito de las mismas en el momento de hacerlas suyas.

Con los referidos antecedentes se acreditó que un sujeto adquirió en

el comercio informal tres armas de fuego, de las cuales dos de ellas contaban con encargo pendiente por robo, unido a las circunstancias proporcionadas por el sentenciado, demostraron que éste cometió el delito de receptación del artículo 456 bis A del Código penal, cuando adquirió especies mal habidas sin poder alegar desconocimiento de esta circunstancia. Además, los elementos de cargo acreditaron la participación culpable en los términos del artículo 15 N°1 del Código penal.

Se destaca que la información proporcionada por Sánchez Nacarate tendiente a recrear el contexto en el cual se hizo de las armas, contribuyó un antecedente válido para mejorar la configuración de la ilicitud, por tal circunstancia, este Tribunal hará un reconocimiento privilegiado de esta conducta.

Por otra parte, el hecho de condenar por tenencia ilegal de arma de fuego y por receptación no afectaron el principio *non bis in idem*, invocado por la Defensa, puesto que el segundo suceso ilícito se configuró en el preciso momento en que el sujeto adquirió las armas de fuego en forma irregular o en contravención con la ley, y el de tenencia ilegal de armas, en cambio, se estableció cuando el sentenciado mantuvo en su domicilio tres armas sin la competente autorización para hacerlo. Además, los bienes jurídicos conculcados son diferentes: en la receptación se protege la recta administración de justicia y en el segundo hecho ilícito se cautela el orden público.

(9°) Atenuante del artículo 11 N°6 del Código penal. Favorece al sentenciado Pérez Valencia la atenuante de contar con una irreprochable conducta anterior, acreditada suficientemente con el mérito probatorio que se otorgó a un **extracto de filiación y antecedentes**, exento de anotaciones penales pretéritas.

En cambio, no se privilegia la situación penal del condenado Sánchez Nacarate con la referida modificatoria, ya que registra una anotación como autor de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad contemplado en el artículo 115 A y sancionado en el artículo 196 e inciso 1 de la ley 18.290, según se leyó en su **extracto de filiación**.

(10°) Otra circunstancia modificatoria de responsabilidad penal en juego y aplicación de penas. La defensa de Sánchez Nacarate sostuvo que favorecía a su representado la atenuante del artículo 11 N°9 del Código penal, por cuanto, el legislador exige que se colabore sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos y no que su declaración sea determinante o principal para establecerlos. Si se analizan las palabras del acusado se aceptará que reconoció ser dueño de la droga decomisada, explicó cómo se hizo de ella y donde la mantenía, como también la tenencia de las armas y su ilegal forma de adquisición.

Por su parte, la defensa de Pérez postuló que favorecía a su cliente la referida atenuante, conforme con los argumentos reproducidos en el considerando tercero de este fallo. Peti-

ción semejante postuló la defensa de Aránguiz.

Este Tribunal considera que es legítimo reconocer la concurrencia de la atenuante al sentenciado Pérez Valencia, por cuanto, éste prestó declaración en el juicio reconociendo en forma clara su participación en el delito de drogas, al detallar cómo se contactó con la acusada Aránguiz y concertaron una transacción de droga, además aceptó que era uno de sus proveedores. A mayor abundamiento, no deja de pesar el hecho de que a la coimputada Jocelyn Valenzuela se le condenara por el delito de tráfico de estupefacientes y lavado de dinero, en procedimiento abreviado, encontrándose actualmente en libertad, ya que asistió como público a todas las audiencias del presente juicio, con lo cual se dedujo que obtuvo el beneficio de la libertad vigilada en el referido proceso. A Pérez Valencia, en cambio, se le condenó como autor de un solo delito y no precisamente por el de lavado y blanqueo de activos, que es una ilicitud grave, por lo tanto, merece el mismo tratamiento que se concedió a la hija de Aránguiz, para obrar con justicia e igualdad, Este Tribunal considera más valioso un juicio oral, donde imperan una serie de principios y la declaración del justiciable se somete seriamente al escrutinio del Tribunal, con todas las ventajas y desventajas que ello implica, que negociar en un procedimiento abreviado en que impera una verdad más bien formal.

Sin duda, la prueba y la apreciación de los hechos es más nítida en una audiencia de juicio oral, de allí que,

para apreciar la concurrencia de la atenuante, está bien valorado lo que hizo Pérez Valencia. Cuestión distinta es lo que ocurre en un procedimiento abreviado en que en casi todo hay consenso, por lo que, ese procedimiento de contradictorio poco o nada tiene.

Con relación a Sánchez Nacarate, se tendrá presente lo señalado por los funcionarios policiales V. y M., quienes sostuvieron que el sentenciado colaboró con la investigación desde un principio: dijo donde estaba la caja fuerte, la llave y el contenido de la misma, incluso especificó la cantidad y naturaleza de la droga que mantenía en el interior del dispositivo de seguridad: 102 gramos de marihuana y 51 de pasta base. Que eso pudo ser averiguado por las policías es efectivo, sin necesidad de que hablara antes el sentenciado, pero los mismos detectives argumentaron la cooperación, por lo tanto, ellos consideraron que Sánchez coadyuvó en la pesquisa, y para este Tribunal esto es suficiente para reconocer la atenuante en el delito de tráfico de drogas y en el de tenencia ilegal de la misma. Que negare ser proveedor de Sandra Aránguiz poco importó, ya que su declaración ayudó a acreditar su participación en el delito del artículo 3° de la ley 20.000. La situación negada servía sólo para vincular a los dos acusados, pero esto fue intrascendente para determinar los elementos de la ilicitud y la autoría.

Que su Defensa argumentare que el delito cometido por Sánchez Nacarate era micro-tráfico, no restó valor a lo dicho por éste en el juicio, ya que

su abogado sólo hizo una calificación jurídica de los acontecimientos, sin disminuir el aporte de la declaración de su cliente.

Con relación al delito de receptación, este Tribunal ya adelantó la opinión que le merecieron las palabras del condenado relativas a este hecho delictivo. Sus dichos ayudaron a contextualizar de muy buena forma los sucesos que configuraron la figura penal en cuestión, ya que le dio sentido y explicación a la tenencia de las armas. El contar con encargo por robo dos de las armas halladas en su poder, era un buen elemento de establecimiento del delito, pero los añadidos de Sánchez Nacarate otorgaron a este Tribunal la certeza suficiente para condenarlo.

Ahora bien, el escenario que propició el sentenciado fue conveniente para los intereses del señor fiscal, ya que le sirvieron para cerrar el círculo de la ilicitud, por eso el Tribunal no pudo desconocer ese aporte.

Poco se dirá de la situación procesal de Sandra Aránguiz con relación a esta modificatoria de responsabilidad, ya que esta sentenciada no cooperó con la investigación y en la audiencia sólo corroboró la prueba del Ministerio Público.

Respecto del lavado o blanqueo de activos, Sandra negó su participación en él, pero el Tribunal arribó a una conclusión contraria.

Perjudica a Sandra Aránguiz Padilla, en el delito de tráfico de drogas, la agravante del artículo 12 N°16 del

Código penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, acreditada con el mérito probatorio que se otorgó a la anotación registrada en su **extracto de filiación y antecedentes**, en el cual se leyó que el día 30 de noviembre de dos mil cuatro, por **sentencia** recaída en la causa RUC 0400347657-5, RIT 4012-2004, en un procedimiento abreviado, del Tribunal de Garantía de Rancagua, se le condenó a una pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes o psicotrópicas detectado el 14 de octubre de 2004, como se leyó en la **copia simple del fallo**.

De tal manera que, al existir una circunstancia agravante sin concurrir alguna atenuante en el tráfico de drogas, la pena que merece la sentenciada no será en el grado mínimo de la sanción base asignada al delito, sino que la inmediatamente superior.

Con relación a la pena que se aplicará a Sandra Aránguiz en el delito de lavado y blanqueo de activos, el Tribunal tendrá presente que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que, se recorrerá la sanción en toda su magnitud y la sitúa en el presidio mayor en su grado mínimo, por estimarla condigna con la situación reconstruida en la audiencia.

Cabe precisar que al beneficiar a Luis Pérez Valencia dos circunstancias atenuantes, la pena asignada al delito se rebajará en un grado contado desde su mínimo.

Respecto de la situación procesal de Sánchez Nacarate en el delito de tráfico de drogas, al favorecerle una circunstancia atenuante sin la presencia de una agravante, la pena no se impondrá en su parte superior, sino que en el presidio mayor en su grado mínimo.

En el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, al concurrir la situación del artículo 12 de la ley 17.798, esto es, cometer el referido delito con más de dos armas de fuego, la pena a que se hace merecedor Sánchez es la superior en un grado, o sea, presidio menor en su grado máximo. En este espectro de castigo y al favorecer a Sánchez Nacarate la atenuante del artículo 11 N°9 del Código penal, la pena no se impondrá en su mitad superior.

Respecto del delito de receptación: favorece al sentenciado la atenuante del artículo 11 N°9 del Código penal, por lo que, la pena se aplicará en presidio menor en su grado mínimo al estimarla condigna con los sucesos reconstruidos en la audiencia.

Corresponde aplicar a los sentenciados Aránguiz y Sánchez Nacarate penas separadas por cada uno de los delitos, por ser legalmente procedente e impropio conjugar su situación jurídica con la del artículo 351 del Código procesal penal.

(11°) Multa. Corresponde aplicar a los condenados el pago de una multa equivalente, en dinero en efectivo, a 40 unidades tributarias mensuales por ser responsables del delito de tráfico de drogas del artículo 3°

con relación al artículo 1° de la ley 20.000. El equivalente a doscientas unidades tributarias mensuales a Sandra Aránguiz como autora de infracción al artículo 27, letra a) y b), de la ley 19.913 y el comparable a cinco unidades tributarias mensuales a Sánchez Nacarate, como autor del delito de receptación.

El monto de las sanciones pecuniarias es suficiente castigo, si se considera lo gravosa(s) de la sanción(es) corporal(es) que se impondrá(n).

(12°) Comiso. Según lo dicho en uno de los razonamientos anteriores, este Tribunal accederá al comiso del dinero (\$4.000.000.-) encontrado en poder de Mario Sánchez Nacarate, de tres talonarios de cheque, de tres tarjetas de banco, pasaporte, del notebook y de los tres celulares incautados, por ser bienes adquiridos con dineros obtenidos en el narcotráfico. Como también del vehículo Station Wagon, marca Toyota, modelo New RAV4 2.4, del año 2008, color rojo mica metálico, inscripción BDHW.26-2 y la camioneta Mitsubishi, modelo L200 DAKAR D cab 2.5, año 2007, color rojo metalizado, inscripción WZ.2569-5 (se acompañaron **certificados del RVM del Servicio del Registro Civil**), ya que se presume más que fundadamente que sirvieron o estaban destinados a la comisión del delito referido. Este Tribunal recuerda que el acusado se trasladaba a todas partes en vehículo e incluso para transportar droga. Fue cuestión de escuchar las conversaciones que mantenía con Sandra Aránguiz cuando conducía.

Con relación a los otros vehículos inscritos a nombre de Sánchez en el Registro de Vehículos Motorizados, no se decretará su comiso por cuanto sus fechas de adquisición fluctúan entre 1994 y 2006, épocas respecto de las cuales no se supo si este acusado traficaba droga e invertía las ganancias en la adquisición de vehículos motorizados.

Respecto de la oposición de la defensa de Sánchez para que no se decrete el comiso de las dos camionetas antes descritas, debido a que ellas eran producto de ganancias legítimas obtenidas en el ejercicio de su oficio de mecánico, y para eso acompaña: a) un **talonario** con boletas de honorarios de la 135 a la 150 a nombre de Mario Sánchez y con claras señales de que existieron otras tantas anteriormente y b) varias **liquidaciones de remuneración mensual** de perfecta factura, entre el mes de marzo de 2007 a enero de 2008, que delatan un sueldo imponible de \$400.000.- y líquido de \$370.000.- por un trabajo en el bar- restorán “Max Bruck”.

La referida prueba no resultó suficiente para acreditar que poseía ingresos lícitos suficientes para costear la adquisición de dos costosas camionetas (una de ellas la adquirió en \$10.000.000.-), ya que el Tribunal Oral no olvidó que junto con la droga que este sujeto mantenía en el interior de una caja de fuerte existían \$4.000.000.- en efectivo, que no tuvieron otra explicación que su relación con el narcotráfico. Entonces, por qué pensar lo contrario con relación a los dineros empleados en la adquisición de las camionetas,

sobretudo, si una de ellas la adquirió de la hija de Sandra Aránguiz (se incorporaron **certificados del RVM** del Servicio de registro Civil, **solicitudes de primera inscripción** y de **transferencia**, como también **contratos de compraventa**). La acusada era a quien proveía de droga.

Tampoco revistieron trascendencia probatoria los **3 comprobantes de pago de un dividendo hipotecario** que mantiene Sánchez con el Banco del Desarrollo, debido a que se desconoce cómo se pagaron y las fechas de sus emisiones corresponden a épocas en las cuales Sánchez estaba privado de libertad.

Con relación al informe de **peritaje social** suscrito al parecer por la asistente social, doña Claudia Zepeda García, de fecha 8 de junio de 2009, este hizo referencia al hecho de que la situación económica de su grupo familiar se basaba en lo que Sánchez les proporciona, producto de la compra/venta de automóviles y el rubro de construcción de obras menores, con lo cual obtenía \$1.200.000.- mensual, pero la profesional no explicitó cómo contrastó la información recopilada y qué antecedentes se le exhibieron, al parecer las mismas boletas de servicio ya cuestionadas e incorporadas en la audiencia.

Con relación al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, se decreta el comiso de las tres armas encontradas en poder del sentenciado, con sus respectivas municiones.

Respecto de Sandra Aránguiz en el delito de tráfico de drogas, se decreta

el comiso de la balanza digital, de la mochila, de las dos bolsas de Zyploc y necesariamente el decomiso del arma marca Astra, calibre 32 con sus ocho cartuchos, por mandato legal expreso.

En el mismo régimen caerán los bienes muebles que se encontraron en poder de la acusada, o en las fincas de su dominio y que están singularizados desde el número 3.8 al 3.38 del auto de apertura, cuando se describen los otros medios de prueba, salvo que de alguno de ellos se hubiera decretado su requisición, por pertenecer a otro acusado de la causa.

En el delito de lavado y blanqueo de activos, se decreta el comiso del inmueble lote N°2252, manzana 770, calle 6 Sur 3269, del grupo habitacional Almirante Gómez Carreño de Viña del Mar, inscrito en el Registro de Propiedad a nombre de la sentenciada, en fojas 1399 vuelta N°1821, del año 2002, del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar.

Con relación a la situación jurídica del inmueble ubicado en pasaje Chopo N°1259 del conjunto habitacional Bosques de san Francisco, se decreta únicamente el comiso de los dineros pagados por concepto de dividendos al provenir de un origen espurio. No se ordena el comiso del bien raíz, ya que hacerlo afectaría el derecho real de un tercero, el Banco del Desarrollo.

Asimismo, se decreta el comiso de los dineros depositados en las cuentas de ahorro del BancoEstado, números:

a) A nombre de la sentenciada: xxxx; xxxx; xxxx y xxxx; y

b) A nombre de sus hijos G., I. y J.I.G.: XXX; XXX y XXX.

No se decreta el comiso de los dineros depositados en cuenta vista y de fondo mutuo del banco BCI, por cuanto ellos están registrados a nombre de Jocelyn Valenzuela, según información del propio banco (**F.2.47**), persona ajena a esta causa.

Respecto de Luis Pérez en el delito de tráfico de drogas, se decreta el comiso de los \$12.000.-, de tres celulares, de un plato y de un cuaderno.

Las sumas de dinero incautadas son: \$4,000.000.- y \$12.000.- que constan en los **comprobantes de depósito a plazo renovable reajustables del Banco Estado N°s xxx y xxx.**

Con relación al depósito N°xxx por \$344.000.-, éste dice relación con el dinero que se encontró en poder de Jocelyn Valenzuela cuando se le detuvo, y este Tribunal ya dijo cuál era su posición con relación a la situación procesal de esta persona, por consiguiente, no se decretará su requisición en esta causa.

(13°) Beneficio de la libertad vigilada. A Luis Pérez Valencia le favorecen dos atenuantes, y por eso la pena que merecerá como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, orbitará dentro del presidio menor en su grado máximo. Esta extensión de pena permite al sentenciado gozar de un beneficio alternativo para su cumplimiento, por lo que, se le concederá la libertad vigilada en atención a los

antecedentes escritos en el **informe social** incorporado en la audiencia, suscrito por la profesional Rebeca Rocha Correa, en el cual se leyó que la principal labor del sentenciado es la de trazador, quien ejercía el rol de sostenedor de su familia pese a estar separado de su cónyuge y familia, sin embargo no la desamparó. Lo que importó del informe fue que destacó el compromiso social y familiar del sentenciado, lo que hizo que fuera atendible y determinante que accediera al beneficio que se le concede.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6 y 9; 12 N°16; 14 N°1, 15 N°1, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 49 inciso final, 50, 68, 69, 74, 456 bis A del Código penal; artículos 1, 3, 45, 46 y 52 de la ley 20.000, 27 y siguientes de la ley 19913, artículos 5, 9, 12 y 15 de la ley 17.798, artículo 15 y siguientes de la ley 18216 y artículos 47, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342 y 348 del Código procesal penal, **SE DECLARA:**

I.- Se **ABSUELVE** a **SANDRA ELENA ARÁNGUIZ PADILLA** ya individualizada, de la acusación formulada en su contra por el Ministerio Público, como autora del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, cometido supuestamente el 27 de mayo de 2008, en esta ciudad, y por lo tanto, se condena al órgano persecutor penal al pago de un séptimo de las costas de la causa.

II.- Por el contrario, se condena a **SANDRA ARÁNGUIZ PADILLA** ya individualizada, a una pena de **DIEZ AÑOS Y UN DÍA** de pre-

sidio mayor en su grado medio, como autora del delito de **TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES**, previsto y sancionado en los artículos 3° y 1° de la ley 20.000, en grado de consumado, pesquisado el 27 de mayo de 2008, en la comuna de Rancagua y a **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo como autora del delito de **LAVADO Y BLANQUEO DE ACTIVOS**, previsto y sancionado en el artículo 27 letra a) y b) de la ley 19913, en grado de consumado, descubierto formalmente el 27 de mayo de 2008.

Se le condena, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por cada uno de los delitos, y al pago de dos séptimo de las costas de la causa.

III.- Se condena a **LUIS CARLOS PÉREZ VALENCIA** ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, como coautor del delito de **TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES**, previsto y sancionado en los artículos 3° y 1° de la ley 20.000, en grado de consumado, pesquisado el 27 de mayo de 2008, en la comuna de Rancagua.

Se le condena, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de un séptimo de las costas.

IV.- Se condena a **MARIO ANTHONY SÁNCHEZ NACARATE** ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, como coautor del delito de **TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES**, previsto y sancionado en los artículos 3º y 1º de la ley 20.000, en grado de consumado, que fue detectado el 28 de mayo de 2008, en la comuna de Rancagua.

Se le sanciona, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de un séptimo de las costas de la causa.

V.- También se condena a **MARIO ANTHONY SÁNCHEZ NACARATE** ya individualizado, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 5 y 9 de la ley 17798, pesquizado el 28 de mayo de 2008, en Santiago, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de un séptimo de las costas de la causa.

VI.- Por último, se castiga a **MARIO ANTHONY SÁNCHEZ NACARATE** ya individualizado, a la pena de **SESENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de receptación

de dos armas de fuego, previsto y sancionado en el artículo 456 bis A del Código penal, detectado el 28 de mayo de 2008, en la ciudad de Santiago, más la accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, al pago de una multa equivalente a 5 unidades tributarias mensuales vigentes en la referida fecha y a enterar un séptimo de las costas de la causa.

Se impone a cada uno de los sentenciados, por el delito de tráfico de drogas, la pena pecuniaria de multa, por una suma equivalente en pesos a 40 unidades tributarias mensuales vigentes al 28 de mayo de 2008.

Se atribuye a Sandra Aránguiz por su responsabilidad en el delito del artículo 27 letra a) y b) de la ley 19.913, la pena pecuniaria de multa por una suma equivalente en pesos a 200 unidades tributarias mensuales, vigentes al mes de mayo de 2008.

No se impone a los condenados por tráfico de drogas, lavado o blanqueo de activos y receptación, la pena sustitutiva para el caso de que no pagaren la(s) multa(s) impuestas. La solución de las mismas se hará por vía civil.

VII.- Se decreta el **COMISO** de las sumas y especies descritas en el considerando duodécimo de este fallo, como también de las armas y municiones. Estas últimas se derivarán a los arsenales de guerra, una vez ejecutoriada esta sentencia. Con relación a los primeros bienes requisados, ellos se destinarán a los fines especiales descritos en la misma ley 20.000 con relación a la 19.913.

De los otros bienes inmuebles respecto de los cuales no se decretó el comiso, se alza la medida cautelar de carácter real que pesa sobre ellos, y que se decretó con motivo de la investigación fiscal, una vez ejecutoriado este fallo.

En atención a la extensión de las penas impuestas a los condenados Aránguiz y Sánchez, no se les concede alguno de los beneficios de la ley 18.216, por lo que, deberán cumplir efectivamente las sanciones corporales impuestas, una en pos de otra, principiando por la más grave en su caso y que se cuenta desde el día 27 de mayo de 2008, para Sandra Aránguiz y del 28 del mismo mes y año para Sánchez Nacarate; fechas desde las cuales permanecen privados de libertad en esta causa.

Situación distinta correrá el sentenciado Luis Pérez Valencia, a quien se le concede el beneficio de la libertad vigilada por el mismo período de la pena corporal, ocasión en que quedará sujeto a la observación y tratamiento del delegado respectivo y cumplirá las condiciones previstas en el artículo 17 de la ley 18.216. En el caso que el beneficio se le revocare o dejare sin efecto, satisfará la sanción corporal impuesta en forma efectiva y le servirá de abono el tiempo que permaneció privado de libertad, esto es, entre el 27 de mayo de 2008 y el día en que se certifique su egreso del recinto penitenciario.

Devuélvase, en su oportunidad, a los intervinientes la prueba documental incorporada.

En su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113, inciso segundo, del Código Orgánico de Tribunales y artículo 468 del Código Procesal Penal, remítase los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Rancagua, para la ejecución de la pena, y con el propósito que un profesional o técnico que se desempeñe en el Servicio Médico Legal, o en instituciones públicas o privadas acreditadas ante el referido servicio, obtenga la huella genética de los sentenciados, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se les incluya en el Registro de Condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN, cuya administración y custodia corresponde al Servicio de Registro Civil e Identificación.

Regístrese

Redactó la sentencia el juez, Óscar Castro Allendes.

RIT 171-2009

RUC 0700704675-2

Dictada por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua: doña Pamela Quiroga Lorca, don Gustavo Vega Belmonte y don Óscar Castro Allendes.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN DECRETADA EN UNA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO EN CAUSAS SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL DELITO DE DESACATO

María Cecilia Ramírez Guzmán¹

Comentario:

Resumen

El fallo de la Corte Suprema resuelve una discusión planteada en diversas regiones del país, a raíz del efecto procesal del incumplimiento de una condición decretada en el marco de una suspensión condicional del procedimiento por delitos de violencia intrafamiliar y lo establecido en el artículo 18 de la Ley N°20.066.

1. Generalidades

En el mes de enero del presente año, la Corte Suprema dictó sentencia en materia de delito de desacato², el que tuvo lugar con ocasión del incumplimiento de una condición, impuesta al decretarse la suspensión condicional del procedimiento en una causa por amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. La resolución fue dictada con ocasión del rechazo de un recurso de nulidad, interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en el que se invocó como causal el artículo 373 letra b) del Código de Procedimiento Penal con relación al artículo 376 inciso tercero del mismo cuerpo legal.

Tratándose de la configuración del delito de desacato, asociado a causas reguladas por la Ley N°20.066, los aspectos debatidos con mayor frecuencia corresponden a: error de prohibición³, la naturaleza de las resoluciones subsumibles en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil⁴, concurso de este delito con el efecto establecido por el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal⁵, gravedad y reiteración del incumplimiento⁶. Se suelen

1 Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 S. Corte Suprema de 26.01.10, Rol ingreso en la Corte N°8467-09.

3 S. Corte de Apelaciones de San Miguel de 05.11.07, Rol N°1604-07.

4 S. Corte de Apelaciones de Valparaíso de 27.03.2008, Rol N°203-2008; S. Corte de Apelaciones de Concepción de 23.02.09, Rol N°20-2009, Corte de Apelaciones de Rancagua de 27.11.2008, Rol N°416-200.

5 S. Corte de Concepción de 13.11.2008, Rol N°470-2008 y de 22.02.08, Rol N°29-2008; S. Corte de Apelaciones de San Miguel de 28.04.08, Rol N°488-2008.

6 S. Corte de Apelaciones de Rancagua de 08.02.08, Rol N°251-2007.

presentar controversias anejas como las relativas a la antijuricidad material⁷, elementos subjetivos distintos del dolo⁸, consentimiento de la víctima⁹, entre otras. El presente comentario se referirá a los aspectos que fueron abordados por la sentencia de la Corte Suprema de manera principal, esto es, el efecto del incumplimiento de una condición, naturaleza de la resolución, gravedad y reiteración del incumplimiento en cuestión, sin perjuicio de hacerse cargo de otros aspectos en la medida que la sentencia haya hecho alusión a ellos.

Se comenzará con una reseña de los antecedentes de la causa, tanto de la suspensión condicional del procedimiento, la sentencia recurrida, como el recurso y la sentencia de la Corte Suprema, para luego dar lugar a algunas consideraciones sobre el recurso y la resolución del máximo tribunal.

2. Antecedentes de la causa

2.1. La suspensión condicional del procedimiento

En audiencia de control de detención de 11 de diciembre de 2008, en el 15° Juzgado de Garantía de Santiago, se formalizó al imputado Medina Vejar en calidad de autor de delito de amenazas no condicionales (Rit N°8.123-2008), en grado de consumado, perpetradas en contra de su cónyuge y se aprobó la suspensión condicional del procedimiento, por el lapso de un año, período en el que debía cumplir las siguientes condiciones: fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio de éste (artículo 238 letra g) del Código de Procedimiento Penal), abandonar el hogar que compartía con la víctima (artículo 9 letra a) de la Ley N°20.066) y la prohibición de acercarse a ella o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio (artículo 9 letra b) de la Ley N°20.066) durante seis meses. El imputado se encontraba presente en la audiencia y estuvo en todo momento asistido de un abogado defensor, cuestión que resulta muy importante de destacar a la hora de confrontar, en un proceso por delito de desacato, eventuales hipótesis de ausencia de culpabilidad del imputado¹⁰.

7 S. C de Apelaciones de Punta Arenas de 07.02.09, Rol N°2-2009.

8 S. Corte de Apelaciones de Rancagua de 08.02.08, Rol N°251-2007. Hacemos la prevención que este caso no se refiere a hechos constitutivos de violencia intrafamiliar; sin embargo, las argumentaciones se reproducen mutatis mutandi en esa clase de causas.

9 S. Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 30.06.09, Rol N°123-2009; Corte de Apelaciones de Rancagua de 13.08.2007, Rol N°297-2007.

10 Una de los medios para descartar la presencia del error de prohibición consiste precisamente en enfatizar la asistencia técnica con la que ha contado un imputado, que torna improbable el argumento que el sujeto desconoce el sentido de su conducta. Esta asesoría fue tomada en consideración por los jueces de la sentencia recurrida par afirmar el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo. Cfr. considerando séptimo de la S. 6° TOP de Santiago de 03.11.09, RUC N°900.424.870-5.

La víctima fue notificada de las medidas decretadas a su favor por un funcionario policial, quien le entregó copia del oficio emanado del Tribunal.

2.2. La sentencia recurrida

De acuerdo con los hechos establecidos por el Tribunal, en el considerando octavo de la sentencia recurrida¹¹, el día 6 de mayo del 2009, alrededor de las 22:15 horas, el imputado Medina Véjar ingresó al inmueble donde se encontraba su cónyuge, quebrantado la prohibición decretada al momento de aprobarse la suspensión condicional del procedimiento. Los hechos descritos configuran, para la mayoría del tribunal, el delito de desacato, previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 9 letras a) y b), 10, 17 y 18 de la Ley N°20.066. Hubo un voto de minoría, de la magistrado Laura Torrealba, quien estuvo por considerar que no estaba del todo acreditado que el sujeto hubiese obrado con dolo o no hubiese padecido de un error de prohibición, por lo que no logró formar la convicción más allá de toda duda razonable.

La condena impuesta a Medina Véjar, en calidad de autor de delito de desacato, correspondió a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y a la sanción accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. El cumplimiento de la pena le fue suspendida, concediéndosele el beneficio de remisión condicional de la pena.

Para arribar a la cuantía de esta sanción, el Tribunal consideró la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal como muy calificada, imponiéndole la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito (considerando duodécimo de la sentencia del TOP).

2.3. El recurso

La Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad contra la sentencia del Tribunal Oral, invocando como única causal la prevista en el artículo 373 letra b) del Código de Procedimiento Penal, vale decir, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. De conformidad a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, su conocimiento y fallo correspondía a la Excma. Corte Suprema¹².

11 Sentencia del 6° TOP de Santiago de 03.11.09, RUC N°900.424.870-5.

12 Sentencias citadas como fallos contradictorios: ICA de San Miguel, Rol 110-2009 de 16.03.09; ICA de San Miguel, Rol 981-2009 de 21.08.09. En recurso presentado por la DPP con anterioridad a éste, la Corte Suprema, Rol N°6648-09 de 19.11.09, declinó conocer del mismo, a pesar de haberse invocado como fundamento el artículo 376 Inc. 3 del CPP, por considerar: “Que *no existe en la especie la hipótesis que otorga competencia a esta Corte para conocer del presente recurso de nulidad, toda vez que la recurrente ha acompañado sólo cuatro fallos que inciden en la materia de derecho que se discute, dos en*

a) Fundamentos de la Causal

A juicio del recurrente, la sentencia al considerar configurado el delito de desacato prescinde del efecto propio del el incumplimiento de una condición, decretada en el marco una suspensión condicional del procedimiento, establecido en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Por otra parte, agrega la presentación, el incumplimiento de una resolución de esta clase no puede dar lugar al delito de desacato, puesto que no está considerada en la descripción típica.

En efecto, en la presentación se señala que la remisión que hace el artículo 10 de la Ley N°20.066 al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto que el Ministerio Público investigue los antecedentes, para determinar si permiten acusar por el delito de desacato o no, por lo que, concluye, no se trataría de un nuevo tipo penal.

Con respecto a las características de las resoluciones subsumibles en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, además de descartar la del presente caso, por tratarse de una resolución revocable, el recurso considera que el delito de desacato “sólo puede estar referido razonablemente a ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales, con lo cual se impone la tarea de definir en qué habría de consistir ese carácter calificado”¹³.

Sobre dicho carácter, en el recurso se descarta que el mero incumplimiento lo satisfaga, exigiendo que se trate de uno grave y de un peligro concreto para la víctima. De esta manera, el acercamiento a la víctima, en una causa objeto de una suspensión condicional del procedimiento, debe ser la manifestación de un incumplimiento grave y reiterado de la condición. Se agrega que si no se acepta esta calificación, se produciría la paradoja que la simple desobediencia formal de las medidas de protección devendría en un delito más grave si se compara con la mayoría de los delitos que implican el ejercicio de violencia efectiva sobre el sujeto pasivo.

Por otra parte, relacionado con la resolución y su naturaleza, el recurrente estima, recogiendo el criterio de un juez de garantía al que se cita¹⁴, que al

cada sentido, en circunstancias que la norma alude a “diversos fallos”, denotando con ello la exigencia de pronunciamientos distintos en alto número o cantidad, estándar de multiplicidad que en este caso no se cumple, por lo que corresponde que él sea conocido por la Corte de Apelaciones respectiva” (considerando 3°).

13 Corte Suprema causa ROL N°8267-09, fs. 12.

14 S. 12° JG de Stgo., de 14.03.07, RUC 0600766235-k, redactada por el magistrado Jorge Sáez, quien en el considerando quinto de la sentencia expone lo siguiente: “Que establecido los hechos, corresponde determinar la calificación jurídica que ha de darse a tales hechos.

El artículo 240 del Código de Procedimiento Civil establece en su inciso segundo, que “el que quebrante lo ordenado cumplir, será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

El tipo penal exige, en primer lugar, que exista una resolución judicial que ordene una conducta determinada, que puede ser: dar, hacer o no hacer algo. En este caso se sostiene que la conducta es de no hacer y esta habría sido dispuesta en la audiencia del día 6 de septiembre de 2006, cuando el juez aprobó la suspensión condicional del procedimiento. El supuesto de la norma es que exista una obligación imperativa dispuesta por el tribunal en su resolución, sin embargo, analizando la naturaleza de la institución de la suspensión condicional del procedimiento, es necesario tener presente que conforme lo dispone el artículo 237 del Código Procesal Penal, esta salida alternativa constituye un acuerdo entre el fiscal y el imputado, que es sometido al control judicial para darle validez.

En el marco de este acuerdo, se proponen al tribunal determinadas exigencias o condiciones que son sancionadas luego por el tribunal. Tales exigencias o condiciones están establecidas en el artículo 238 del Código Procesal Penal, aunque algunas leyes especiales establecen otras más. La condición es “una situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra”, conforme se define en el diccionario de Real Academia.

Conocemos aquella otra definición que nos habla de que “es un evento incierto del cual depende la existencia o exigibilidad de un derecho”.

La naturaleza de la condición en el marco de la suspensión condicional del procedimiento, entonces, es que constituye un evento cuyo cumplimiento permite una ganancia para ambas partes. Para el Ministerio Público la de someter al imputado a un control, descongestionando su labor; pero para el imputado, que es el mayor beneficiado por la salida alternativa, la posibilidad de ver extinguida la responsabilidad penal en el evento de que cumpla las obligaciones a que se somete voluntariamente. Así lo declara el artículo 240 del Código Procesal Penal.

Las condiciones acordadas por las partes y sancionadas por el tribunal tienen como fuente inmediata el acuerdo y permiten fijar el marco de aplicación del acuerdo que consiste en suspender condicionalmente el procedimiento. Esto diferencia la resolución del tribunal de la que emana de una sentencia cualquiera, cuyas decisiones tienen como fuente inmediata un hecho distinto de la convención. En verdad la resolución que aprueba el acuerdo tiene una naturaleza semejante a la que aprueba el avenimiento en materias de familia, por señalar un caso.

En consecuencia, las condiciones del artículo 238 del Código Procesal Penal, se apartan de lo que es un imperativo exigido por una resolución judicial, más aun, porque de este imperativo de las condiciones se deriva una consecuencia, también establecida en la ley y que es la revocación de la suspensión condicional del procedimiento y su continuación, de acuerdo a las reglas generales según se contempla en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Siendo así, la resolución que aprueba la suspensión condicional del procedimiento y que fija las condiciones, carece de un elemento fundamental que lo distingue de las demás resoluciones judiciales, y es que el incumplimiento de la misma, puede permitir su cumplimiento coercitivo, que no es el caso de esta resolución.

La sanción por el incumplimiento, no es cumplimiento coercitivo, sino que es la revocación de la suspensión condicional del procedimiento y la continuación de éste. Frente al incumplimiento de la condición grave o reiterada, lo que se hace evidente es que el acuerdo dado por el imputado para proceder a la suspensión condicional del procedimiento no fue suficientemente serio, y frente al irrespeto del acuerdo, entonces la ley dispone la invalidación del mismo. Por lo tanto, ha de quedar establecido que la resolución que dispone la suspensión condicional del procedimiento y fija las condiciones es una resolución que tiene únicamente por efecto validar un acuerdo y definir el marco operativo del mismo, pero en ningún caso constituye una decisión del tribunal, ni en cuanto al acuerdo mismo, ni en cuanto a las condiciones fijadas, porque estas decisiones emanan de las partes y, por lo tanto, cuando se vulnera el acuerdo o se vulneran las condiciones, no se está quebrantando lo ordenado, sino que, se está quebrantando lo acordado.

A mayor abundamiento, supuesto que el que el quebrantamiento de las condiciones suponga el “quebrantamiento de lo ordenado”, esta infracción debe ser calificada, según lo dispone la propia ley. En otras palabras, no cualquier quebrantamiento produce efectos, sino sólo aquel que es grave o reiterado. Por cierto que en el presente caso no nos encontramos con un quebrantamiento reiterado por cuanto la acción contraria a la omi-

emanar la condición en cuestión de una acuerdo de voluntades, carecería de imperio. Se estaría, a su juicio, quebrantando lo acordado cumplir en lugar de lo ordenado cumplir¹⁵.

2.4. La resolución de la Corte Suprema

Para resolver este recurso, la sentencia de la Corte Suprema comienza haciendo una comparación entre el estatuto del Código Procesal Penal y la Ley N°20.066, concluyendo que la última regulación tiene un carácter especial. Como consecuencia de esta relación de especialidad, la Corte determina la prevalencia de la Ley N°20.066 en todos aquellos aspectos que esta normativa aborda¹⁶. Este criterio se constituye en un pilar fundamental en el análisis que la sentencia hace del problema.

La Corte estima que los sentenciadores al dar por configurado el delito de desacato “dieron cabal cumplimiento y se ciñeron irrestrictamente a las normas expresas 9º letras a) y b), 10, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 20.066...”¹⁷.

En cuanto a la no observancia de los efectos del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal que el recurrente imputa como error a la sentencia recurrida, el máximo tribunal considera que si bien el razonamiento es preciso con relación a la normativa procesal, la Ley N°20.066 regula el efecto del incumplimiento de una condición, establecida como consecuencia de decretarse la suspensión condicional del procedimiento, en otro sentido. En efecto, señala el fallo de nulidad¹⁸, que tanto las medidas cautelares –incluso las previas a la formalización– como las accesorias, una o más de las cuales debe ser decretada necesariamente como condición de una suspensión condicional del procedimiento, llevan aparejadas para el caso de su incumplimiento la sanción del delito de desacato. No es efectivo, agrega el máximo tribunal en el considerando duodécimo, que el incumplimiento de medidas cautelares sólo de lugar a sanciones procesales, siendo necesario en cada caso distinguir los efectos procesales de los penales.

sión pactada se ha producido en una sola ocasión. Pero tampoco es posible calificar de grave el quebrantamiento en atención a que la infracción del acuerdo no ha producido consecuencia alguna en el bien jurídico protegido que es la integridad física y psíquica; al menos tales consecuencias no pueden colegirse ni del relato de la acusación ni de los antecedentes de la investigación.

Es por esto que ha de descartarse la existencia del tipo penal o la existencia del delito contemplado en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, el imputado debe ser absuelto”.

15 Corte Suprema causa ROL N°8267-09, fs.17.

16 S. Corte Suprema, cit., considerando octavo.

17 S. Corte Suprema, cit., considerando noveno.

18 S. Corte Suprema, cit., considerando décimo.

Para lo pertinente en el caso, el incumplimiento de la condición establecida en una suspensión condicional del procedimiento, regulada por la Ley N°20.066, tiene “como sanción expresa la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 (artículo 18), esto es, que el juez de garantía debe poner los antecedentes en conocimiento del ministerio Público **para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil**, sin perjuicio de disponer arresto hasta por quince días en contra del infractor como medida de apremio (artículo 10)”.

De esta manera, concluye la Corte que los jueces analizaron y aplicaron con propiedad las normas de la ley sobre violencia intrafamiliar, la que prima sobre la regulación del artículo 239 del Código Procesal Penal.

Con respecto a la clase de resolución subsumible en la disposición del Código de Procedimiento Civil, la Corte considera que no es cuestionable que el incumplimiento de las condiciones, impuestas a un infractor penal por delito de violencia intrafamiliar, esté incluida en aquellas resoluciones que da lugar al delito de desacato. Más aun, concluye que la resolución que aprueba una suspensión condicional del procedimiento “al tenor del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, para estos sentenciadores importa ser sentencia interlocutoria toda vez que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y además resuelve sobre un trámite que sirve de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Y en este caso particular cumple ambas características que la definen: Por una parte, durante el período de observación la víctima, favorecida con la medida, potencialmente protege su seguridad, y el inculpado garantiza que el procedimiento queda detenido temporalmente en su favor hasta el vencimiento del plazo. Por la otra, si el obligado cumple lo que se le ha exigido, se libera del proceso con la sentencia, también interlocutoria, que lo sobresee definitivamente. Esta resolución causa ejecutoria, luego, produce los efectos que el recurso afirma no concurrir”¹⁹. De esta manera, la Corte descarta que se trate de una resolución carente de imperio.

En cuanto a la gravedad y reiteración del incumplimiento de la condición exigida por el recurrente, el fallo de nulidad desestima ese requisito, señalando que el estatuto especial no lo contempla. Agrega, por una parte, un argumento histórico haciendo presente que éste se descartó durante la tramitación del proyecto de ley y, en su lugar, dejó la remisión al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que sólo exige quebrantamiento de lo resuelto²⁰. Por otra parte, el máximo tribunal recoge nuevamente la prevalencia de la normativa de la Ley N°20.066, lo que refuerza su improcedencia en el caso.

19 S. Corte Suprema, cit., considerando undécimo.

20 S. Corte Suprema, cit., considerando décimo.

3. Consideraciones sobre el recurso y la sentencia de la Corte Suprema

Tal como lo señala la Corte Suprema, la sentencia impugnada no ha hecho otra cosa que aplicar una disposición legal, el artículo 18 de la Ley N°20.066 con relación al artículo 10 del mismo cuerpo legal, que conmina el incumplimiento tanto de las medidas cautelares, las sanciones accesorias y las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento con el delito de desacato. Por lo tanto, más allá de considerar a la técnica legislativa un tanto defectuosa, a lo que se ha enfrentado el máximo tribunal es a una regulación específica de la ley, cuyas contradicciones con el ordenamiento general se resuelven conforme al criterio de especialidad. La decisión sobre el efecto del incumplimiento y la naturaleza de las resoluciones que se asocian al mismo fue adoptada por el propio legislador.

La afirmación que hace la Corte Suprema, en el sentido señalado, reviste la mayor importancia no sólo con relación a la suspensión condicional del procedimiento, puesto que señala claramente que quedan comprendidas también como resoluciones cuyo incumplimiento puede dar lugar al delito de desacato las medidas cautelares decretadas previamente a la formalización, cuestión que no ha estado exenta de debate. En efecto, se ha impugnado la subsunción de esta clase de medidas argumentando el carácter transitorio de las mismas²¹.

Es en virtud de la especialidad de la regulación de la Ley N°20.066, que el desacato en violencia intrafamiliar, en los casos ya señalados, tiene notas distintivas. Con relación a este delito en general, se suele afirmar su carácter subsidiario, operando sólo cuando no hay otro medio disponible para hacer cumplir la resolución quebrantada. De ahí toma el argumento el recurso de nulidad.

Pero no siempre el delito de desacato discurre con esa lógica, tal es el caso, por ejemplo, del artículo 307 inciso tercero de Código Procesal Penal en que tiene aplicación directa. Siendo así, lo que procede es examinar el régimen de la Ley N°20.066, tanto con relación al artículo 10 como en el resto del articulado. Dicho examen arroja que la propia ley de violencia intrafamiliar reconoce y recoge esa diferenciación. En efecto, tratándose de resoluciones que imponen el pago de multas por actos de violencia intrafamiliar no constitutivos de delitos (artículo 8 Ley N°20.066), la conminación de su incumplimiento remite al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil en sus dos incisos, con lo que el desacato conserva su carácter subsidiario. En cambio, el artículo 10 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar reenvía, para el caso de incumplimiento, al inciso segundo del citado artículo 240, con el efecto que el delito de desacato pierde tal carácter, constituyéndose, en su lugar, en una regulación especial. El fundamento de esta opción legislativa radica en la necesidad de proteger a las víctimas de esta clase de violencia, las que por la situación coyuntural en que

21 S. Corte de Apelaciones de Valdivia de 16.12.09, Rol N°528-09.

se encuentran se consideran altamente vulnerables²². Se trata, entonces, de un estatuto reforzado desde el punto de vista de protección, una de cuyas medidas corresponde al tratamiento diferenciado del delito de desacato.

Por otra parte, el recurrente señala que la Ley N°20.066 no establece un nuevo tipo penal de desacato y esto es efectivo, porque lo que hace el artículo 10, empleando la técnica de ley penal en blanco impropia²³, es establecer una remisión al inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no crea un tipo penal nuevo. Sin embargo, no le asiste razón cuando le atribuye al artículo 10 de la Ley N°20.066 el carácter de disposición procesal, haciéndola equivalente al efecto de interposición de una denuncia. Si así fuera, la disposición no tendría sentido, puesto que con respecto de todo delito la fiscalía tiene que acreditar la configuración de sus elementos. La mera denuncia en ningún caso se basta a sí misma.

La Corte Suprema con el razonamiento desarrollado en la sentencia de nulidad, descarta completamente que el artículo 10 de la Ley N°20.066 sea una regulación de carácter procesal.

Importa destacar, que la sentencia de la Corte Suprema rechaza la eventual vulneración del principio *non bis in idem*, cuando se sanciona con el delito de desacato al incumplimiento de una condición en el marco de suspensión condicional del procedimiento, decretada en el contexto de violencia intrafamiliar. Por una parte, está la necesaria distinción del efecto procesal que traen aparejados algunos institutos del efecto penal que puede concurrir, como lo pone de manifiesto la Corte de Apelaciones de Santiago en orden a esta distinción: “resulta pertinente recordar que son innumerables los casos en que el orden procesal penal distingue el efecto procesal de un incumplimiento de la responsabilidad penal que también de ello pudiera derivarse. Así, por ejemplo, en el ámbito de la afectación de los derechos constitucionales, el Código Procesal Penal excluye la prueba ilícita obtenida a partir de una detención o allanamiento declarado ilegal, produciéndose un efecto procesal que no obsta a la persecución de la responsabilidad penal del agente policial. (Art. 276 del C.P.P., en relación a los arts. 148 y 155 del C.P.). Pero, más claro aún, es el caso del quebrantamiento de condena que se asemeja a la situación que motiva este recurso. En tal evento la consecuencia procesal expresa es la detención del

22 Se ha descrito que las víctimas de violencia doméstica suelen mantener la relación violenta durante bastante tiempo, a pesar de su gravedad y frecuencia. El promedio referido es de 10 años. Quienes son víctimas de esta situación se vuelven temerosas y dependientes, desarrollan sentimientos de culpa, deteriorándose la autoestima. Cfr. Zubizarreta y otros: “Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico”, en Echeburúa, E: Personalidades Violentas, ediciones Pirámide, pp. 130 y 131.

23 Politoff, Matus, Ramírez: Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª ed. actualizada, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 98. Etcheberry: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Reimpresión tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 85.

condenado, pero ello no obsta a que se persiga su responsabilidad penal por la conducta descrita y sancionada en el artículo 90 del Código Penal²⁴. Por otra parte, y es lo que en este caso señala apropiadamente la Corte Suprema, se hace necesario identificar los hechos que están en juego: uno consistente en un acto de violencia intrafamiliar, a saber el delito de amenaza, a raíz del cual al imputado se le suspende condicionalmente el procedimiento, y otro muy distinto, perfectamente separable en el tiempo y en el espacio, que corresponde a que el sujeto quebranta una prohibición a la cual estaba afecto. Se trata, entonces, de dos hechos diferentes. La Corte lo explica en el considerando duodécimo de la siguiente manera: “De otro lado, no es efectivo que el quebrantamiento de medidas cautelares sólo dan lugar a sanciones procesales. Desde la óptica del Código Procesal Penal, en el escenario de suspensión del procedimiento conlleva a la revocación del beneficio y a la continuación del proceso; pero, en lo que en esta parte realmente interesa, desde el punto de vista de la ley especial 20.066 aparte de producirse el mismo efecto respecto al juicio penal suspendido –prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar– expresamente el legislador ordena poner los hechos a disposición del Ministerio Público para que decida o no denunciarlos y formalizarlo específicamente por el delito de desacato del inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. De esta suerte es perfectamente posible que en cumplimiento al mandato de la ley el infractor se vea, como en la situación actual, sometido a dos procesos distintos por hechos independientes y separados: a aquél, por la violencia ejercida y a éste otro derivado de su inobservancia a cumplir las condiciones que aceptó a cambio de la suspensión del procedimiento. Se recuerda que éste es precisamente el efecto real de la norma del artículo 16 inciso 1° de la ley señalada cuando dispone que **“sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate”**.”

Siguiendo con el razonamiento de este considerando, y extendiéndolo más allá, el sujeto podría haber sido condenado por el delito de amenazas y como autor de desacato de haber continuado el primer procedimiento su curso normal.

De los temas discutidos en la jurisprudencia en materia de desacato por hechos constitutivos de ilícitos regulados por la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el que fue objeto de la presente decisión corresponde a una controversia de derecho propiamente tal, puesto que los otros temas debatidos, señalados en la primera parte de este comentario, guardan relación con cuestiones fácticas que pueden concurrir o no como la existencia de un error de prohibición.

4. Conclusiones

El fallo de la Corte Suprema comentado zanja una discusión que se viene presentando a la largo del país a raíz del efecto del incumplimiento de una condi-

24 Corte de Apelaciones de Santiago de 23.05.07, Rol ingreso de N°799-2006.

ción decretada en el marco de una suspensión condicional del procedimiento por delitos de violencia intrafamiliar. De acuerdo a lo resuelto por el máximo tribunal cabe tener presente que:

- El incumplimiento de una condición en tal contexto da lugar al delito de desacato, puesto que la Ley N°20.066 consagra una regulación especial frente al artículo 239 del Código Procesal Penal.
- Son resoluciones aptas, además, para generar el delito de desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil el incumplimiento de una medida cautelar, aun previa a la formalización de la causa, y de una medida –o sanción– accesoria.
- La resolución que aprueba una suspensión condicional del procedimiento es una sentencia interlocutoria.
- El incumplimiento de la condición, decretada en una suspensión condicional del procedimiento en causas sobre violencia intrafamiliar, no requiere ser grave ni reiterado para que se configure el delito de desacato, puesto que no son exigencias previstas en la ley.

Sentencia:

Santiago, veintiséis de enero de dos mil diez.

impuesta, debiendo permanecer bajo el control de la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile por el término de un año.

VISTOS:

En estos autos Rol Único de causa 900424870-5 e Interno del tribunal 481-2009, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, fechada el tres de noviembre de dos mil nueve, la que en lo decisorio condenó a José Gregorio Medina Véjar como autor del delito de desacato, en grado de consumado, y que fuera perpetrado el 6 de mayo del año 2009, en la comuna de San Ramón, a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes, lo exime del pago de las costas del juicio, y lo beneficia con la remisión condicional de la sanción

En contra de la anterior decisión, a fojas 8 y siguientes, la Defensora Penal Pública, Sra. María Paz Martínez Albornoz, en representación del imputado Medina Véjar, dedujo un recurso de nulidad fundado en la causal contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, vinculada al artículo 376 inciso tercero del mismo texto, fundado en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, materia respecto de la cual existen diferentes interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de tribunales superiores.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de

fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 51.

La audiencia pública se verificó el miércoles seis de enero de dos mil diez, con la concurrencia y alegatos de los letrados señor Fernando Mardones V., por la Defensoría Penal Pública y en representación del imputado Medina Véjar; y a continuación intervino la abogada Sra. María Cecilia Ramírez G., que lo hizo por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 55.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que en el recurso de nulidad interpuesto en lo principal del libelo de fojas 8 a 25 de estos antecedentes se invoca una sola causal, que es la contenida en la letra b) del artículo 373, en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, por entender el recurrente que en el pronunciamiento de la sentencia se efectuó una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la misma, en una materia que ha recibido distintas interpretaciones en diversos fallos emanados de tribunales superiores, que acompaña, por cuya razón la competencia para conocer de él le corresponde a esta Corte Suprema.

SEGUNDO.- Que para situar desde ya los antecedentes en que se funda el recurso debe tenerse en

consideración que el recurrente, don José Gregorio Medina Véjar, el 11 de diciembre de 2008, fue objeto de formalización bajo el cargo de ser autor el delito de amenazas, en grado de consumado y en calidad de autor, en situación de violencia intrafamiliar, en causa R.I.T. N°8.123-2008 de que conoce el Décimo Quinto Juzgado de Garantía de Santiago. En la audiencia de control de la detención, después de la formalización, se accedió a la suspensión condicional del procedimiento por el término de un año, período en el cual debía cumplir las siguientes condiciones: fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio; abandonar el hogar que compartía con la víctima R.R.R. y a la prohibición de acercarse a ella o a su domicilio de XXX, lugar de trabajo o estudio, por el término de seis meses, conforme a la letra g) del artículo 238 del Código Procesal Penal, y a), y b) del artículo 9 de la Ley 20.066.

Con posterioridad, el día 6 de mayo de 2009, y como lo sentencia una sala del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en fallo de 3 de noviembre de 2009, causa R.U.C. N°900.424.870-5, R.I.T. N°481-2009, “en horas de la noche, aproximadamente a las 22:40 horas, el imputado José Gregorio Medina Véjar ingresó al domicilio de XXX y se acercó a la persona de la víctima doña R.R.R., con lo cual quebrantó lo ordenado cumplir por resolución del 15° Juzgado de Garantía Tribunal de Garantía de Santiago, en el R.I.T. N°8.123-2008, R.U.C. N 801.125.118-9, dictada en audiencia

de control de detención de fecha 11 de diciembre de 2008, que decretó las medidas accesorias de las letras a) y b) del artículo 9 de la Ley 20.066, obligándole por un lapso de seis meses a hacer abandono del hogar que comparte con la cónyuge víctima, ubicado en XXX y la prohibición de acercarse a su cónyuge R.R.R.". Por ello, se le termina castigando a sufrir la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como autor de delito de desacato en grado de consumado, lo exime del pago de las costas de la causa, y lo favorece con la remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sujeto a la discreta observación y asistencia de la autoridad administrativa por el término de un año.

TERCERO.- Que el recurrente, después de reproducir parte de lo relacionado en el fundamento anterior y hacer referencia expresa a los hechos que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal dio por acreditado, hace una síntesis de parte de sus fundamentos, pero pone especial énfasis en el tenor del considerando Décimo que reza: "Que en razón de lo antes expuesto, a diferencia de lo que postula la defensa, el tribunal estima que conforme a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 20.066, que hace aplicable al caso que nos ocupa el artículo 10 del mismo cuerpo legal, el incumplimiento de la resolución que se pronuncia acerca de la suspensión condicional del procedimiento y establece las condiciones a las que debe someterse el imputado, entre

ellas las previstas en el artículo 9 letras a) y b) de la Ley 20.066, obliga al juez a poner dicho incumplimiento en conocimiento del Ministerio Público, para los efectos previstos en el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, disposición que sanciona con reclusión menor en su grado medio a máximo a quien quebrantare lo ordenado cumplir, sin distinguir acerca de la naturaleza de la resolución judicial ni requerir para su configuración que el incumplimiento sea grave y reiterado, como alega la defensa". Con ello, asevera, se ha hecho una errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en la decisión, lo que explica del modo que se pasa a expresar a continuación en forma resumida.

a) Ante el incumplimiento de la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento en contexto de violencia intrafamiliar, ha subsumido la conducta bajo el delito de desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, ignorando el efecto propio que a esta situación contempla el artículo 239 del Código Procesal Penal, esto es la revocación de la misma.

b) Ha estimado configurado el delito de desacato sobre la base del incumplimiento de una resolución que el tipo penal no contempla.

Y explica:

1.- Del mismo tenor del artículo 10 de la Ley 20.066 se desprende que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias o, en su caso, de las condiciones de

una suspensión condicional del procedimiento, el juez debe poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público a efecto de lo previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer, como medida de apremio, arresto por quince días. De ello le parece claro al recurrente que la Ley no establece un nuevo tipo penal y en tal situación “el incumplimiento, para sancionarse penalmente, debe poder subsumirse al tipo objetivo y subjetivo del delito previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.

2.- El incumplimiento de una medida cautelar o accesoria del artículo 9° de la Ley 20.066 no configura un especial delito de desacato, “sino que el Ministerio Público debe investigar para decidir si el supuesto incumplimiento denunciado por el juez permite sustentar una acusación por el delito previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.

3.- Que conforme a los alcances del tipo penal de desacato del inciso 2° del artículo 240 tantas veces invocado, en el campo doctrinario se admiten dos interpretaciones: una amplia, que sancionaría el incumplimiento de lo resuelto en cualquier tipo de resolución judicial y otra, a la que él adhiere, que sólo puede serlo cuando se trata de una sentencia definitiva o a lo más interlocutoria, ejecutoriada o que cause ejecutoria, entendiendo, también, que el delito de desacato tiene un carácter subsidiario respecto del sistema de apremios. Luego afirma que en el Código

Procesal Penal el quebrantamiento de medidas cautelares sólo da lugar a sanciones procesales como ocurre en los casos de fuga o en el quebrantamiento de una condena criminal, y afirma que el delito de desacato “sólo puede estar referido razonablemente a ciertas *hipótesis calificadas de incumplimiento* de resoluciones judiciales, con lo cual se impone la tarea de definir en qué habría de consistir ese carácter “calificado”.

4.- En relación a la Ley de Violencia Intrafamiliar más adelante señala que habiendo otros medios comprendidos en el sistema de apremios para enfrentar situaciones de incumplimiento, la razón del legislador para optar por otra forma “no puede ser otra que la insuficiencia material de los apremios para garantizar el objeto de la resolución”, se trataría de “un peligro inminente de frustración que se deduce de la gravedad y circunstancias del incumplimiento. Se verifica así un relativo adelantamiento de la punibilidad en relación con el anterior grupo de casos, que viene justificado por la especial función de protección que a veces cumple la resolución quebrantada y que, por ejemplo, tratándose de las medidas cautelares y sanciones aplicadas en el contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar resulta ciertamente evidente”. Pero luego sostiene que ni aún en estos casos “el delito se satisface con el mero incumplimiento, sino que requiere, como se ha dicho, **un incumplimiento grave y cuyas circunstancias implique un peligro concreto para el objeto de la protección de la respectiva resolución**

judicial”, de modo, que, a su parecer, para considerar el caso de autos delito de desacato a lo ordenado por el tribunal “se requiere que las circunstancias concretas del acercamiento a la víctima exprese un incumplimiento grave y reiterado de la condición” de modo que así se satisface la ley, no obstante parecerle que a primera vista su lectura es plausible, pero que no se concilia con la doctrina contraria que considera que es un delito de peligro abstracto por lo cual, más que proteger la administración de justicia y el imperio judicial, protege la salud, la integridad y, eventualmente, la vida de las víctimas de violencia intrafamiliar.

5.- Más adelante sostiene que el fallo condena al imputado por el delito de desacato, pero lo absuelve del delito de amenazas de atentado que se habría cometido conjuntamente el mismo día y lugar.

6.- De otro lado, alega que el incumplimiento de una obligación de no hacer autorizada por una resolución judicial, por emanar directamente de un acuerdo de voluntades entre las partes, esta última carece de imperio, y la sanción frente a un incumplimiento grave o reiterado no puede ser más que la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, como lo dispone el artículo 239 del Código Procesal Penal, pero no la comisión de un desacato y ello porque “no se está quebrantando lo ordenado, si no que, se está quebrantando lo acordado”, como lo ha declarado parte de la jurisprudencia en contraposición a otra, que le sirve

de apoyo a la radicación del recurso ante este Tribunal.

CUARTO.- Que con los anteriores argumentos se sostiene, al no proceder el tribunal conforme a su línea argumental, ha errado y ello ha influido de tal manera en lo dispositivo de la sentencia que ha condenado al imputado, en circunstancias que debió absolverlo. Pide se invalide la sentencia definitiva de 03 de noviembre de 2009 especificada y en la sentencia de reemplazo se proceda a absolverlo de la acusación dictada en su contra.

QUINTO.- Que el origen de la problemática que se ha puesto en estudio en este recurso parte de la decisión de un juez de garantía de aceptar el pedido de los intervinientes, Ministerio Público y un Imputado a través de su defensa, de acceder a conceder como salida alternativa en un proceso penal iniciado y formalizado por delito de amenazas no condicionales en un escenario de violencia intrafamiliar, fijándole para ello condiciones que se debían cumplir, pero que dentro del plazo fijado son quebrantadas. Lo dicho lleva indefectiblemente al análisis de las normas legales que entran en juego en la materia.

SEXTO.- Que desde el punto de vista estrictamente del Código Procesal Penal el incumplimiento injustificado, grave o reiterado de las condiciones impuestas al imputado o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos conlleva a la revocación de la suspensión condicional del procedimiento y debe continuar de acuerdo

a las reglas generales (artículo 239). Por el contrario, si transcurre el plazo fijado sin que la medida fuere revocada se extingue la acción penal y el tribunal debe, de oficio o a petición de parte, declarar el sobreseimiento definitivo (artículo 240).

SÉPTIMO.- Que, por su parte, la Ley 20.066, denominada Ley de Violencia Intrafamiliar, se relaciona con este recurso en forma particular de modo que merece un análisis separado.

A.- Conforme lo declaran expresamente los artículos. 1°, 2° y 3°, el objeto de esta ley es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, e imponen como obligación del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, debiendo, además, asumir el deber de adoptar políticas orientadas a prevenir ese tipo de violencia, en especial contra la mujer y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas, disponiendo que, entre otras, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile.

Además, declara que será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o síquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia

con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

B.- Luego reglamenta y distingue dos tipos particulares de procedimiento en sus párrafos 2° y 3°, a saber, De la Violencia Intrafamiliar de Conocimiento de los Juzgados de Familia y De la Violencia Intrafamiliar Constitutiva de delito

1.- De la Violencia Intrafamiliar de Conocimiento de los Juzgados de Familia.

Esta materia la deja entregada a los juzgados de familia y al procedimiento de la ley N°19.968.

Para prevenir situaciones de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aún cuando no se haya llevado a cabo, el juez, con el solo mérito de la denuncia, debe adoptar las medidas de protección o cautelares que corresponda (artículo 7° inciso 1°)

En lo que interesa más particularmente ahora, castiga el maltrato atendida su gravedad a penas de multa a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante con el destino que señala, cuyo pago debe acreditarse dentro de cinco días posteriores a la fecha de la notificación de la sentencia, y **“En caso de incumplimiento el tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”** (artículo 8°).

Sin perjuicio de lo anterior, el juez está obligado aplicar en la sentencia una o más de las medidas accesorias que señala en el artículo 9°, entre las cuales están: a) la obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparten con la víctima, y b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente...

En caso de incumplimiento de las señaladas medidas cautelares o accesorias decretadas (con excepción de la contenida en la letra d) del artículo 9°) el artículo 10° sanciona: “... **el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil**, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”. El inciso final obliga a la policía a detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de estas medidas.

2.- De la Violencia Intrafamiliar Constitutiva de Delito.

Inicia el párrafo el artículo 13.- que reza: “Normas Especiales: En las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente párrafo”.

Tipifica el delito de maltrato habitual y dispone que el Ministerio Público sólo puede dar inicio a la investigación si el respectivo Tribunal de Familia le ha remitido los

antecedentes en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 19.968 (artículo 14).

Por la importancia que tiene en lo que se dirá más adelante, se pasan a transcribir los artículos que siguen de la ley 20.066:

“Artículo 15.- Medidas cautelares. En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el **artículo 92 de la ley N°19.968** y las aludidas en el artículo 7° de esta ley.

Artículo 16.- Medidas accesorias. Las medidas accesorias que establece el artículo 9° serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate.

El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Dichas medidas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d) del artículo 9°, la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Artículo 17.- Condiciones para la suspensión del procedimiento. Para decretar la suspensión del procedimiento, el juez de garantía impondrá como condición una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9°, sin perjuicio de las demás que autoriza el artículo 238 del Código Procesal Penal.

Artículo 18.- Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10.”

OCTAVO.- Que, con lo relacionado en el fundamento anterior se puede concluir que la Ley 20.066 es **especial** frente a las normas del Código Procesal Penal y de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, y en tal virtud, de existir colisión entre ellas, sus disposiciones priman sobre estas últimas, y ninguna duda puede caber en ello dada la materia y objetivos tan particulares que hicieron constar los legisladores en sus primeras disposiciones y en los debates producidos durante su gestación parlamentaria. Bajo este primer postulado se pasa al análisis del recurso.

NOVENO.- Que consta en autos, y no ha sido objeto de objeción por parte de los intervinientes, que la causa mediata de la decisión de condena por delito de desacato adoptada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal competente lo fue la decisión adoptada a su vez por un juez de garantía que conociendo en contra del mismo imputado de un acto de violencia intrafamiliar en perjuicio de su cónyuge, autorizó en su favor

la suspensión condicional de ese procedimiento fijándole condiciones precisas autorizadas por el Código Procesal Penal. Pues bien, la causa directa o inmediata de la condena fue el incumplimiento por parte del imputado de las condiciones impuestas que motivó al juez de garantía decidir poner en conocimiento del Ministerio Público tal hecho para los efectos del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo cual este organismo decidió denunciar, investigar, acusar por delito de desacato y promover el juicio oral en el que se le condenó.

En tales situaciones ninguna duda puede además caber que con tal proceder los jueces dieron cabal cumplimiento y se ciñeron irrestrictamente a las normas expresas 9° letras a) y b), 10, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 20.066, ya transcritas y que el recurso no objetó en modo alguno.

DÉCIMO.- Que el recurrente funda su libelo en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; para ello se funda en las razones que se señalaron en el fundamento tercero, que para el caso se tienen aquí por reproducidas y cuyo análisis se pasa ahora a desarrollar.

Previamente, es menester volver a destacar algo ya afirmado con anterioridad: el carácter de ley especial de la N°20.066. Conforme a ello la materia de autos está básicamente

reglamentada y regida por las normas de su párrafo 3° toda vez que el hecho de violencia intrafamiliar investigado es constitutivo de delito.

Cierto es que bajo el solo estatuto del Código Procesal Penal el incumplimiento de algunas de las condiciones del artículo 238 fijadas por un juez de garantía a efecto de acceder a la solicitud de fiscal e imputado de suspender el procedimiento penal iniciado en contra de este último por tiempo determinado y bajo la condición de no ser quebrantadas durante el plazo fijado, exige, para la revocación del beneficio, que el inculcado incumpla una o más de ellas, sin justificación, grave o reiteradamente o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos; en tal caso el juez, a petición del fiscal o la víctima, debe revocar la suspensión condicional del procedimiento y éste continúa de acuerdo a las reglas generales (artículo 239). En caso que el plazo fijado para la suspensión transcurra sin que el beneficio alternativo fuere revocado, se extingue la acción penal, debiendo el juez sobreseer definitivamente de oficio o a petición de parte (artículo 240).

Pero las normas pertinentes de la Ley 20.066 reglamentan la materia en otro sentido. El juez de garantía, en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aún antes de la formalización, puede decretar, entre otras, las medidas cautelares necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna (artículo 15). También lo

autoriza a aplicar medidas accesorias (las del artículo 9 de la misma ley) y al respecto dispone y agrega: **sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trata.** Para el cumplimiento de estas medidas el tribunal debe fijar un plazo prudencial no inferior a seis meses ni superior a un año, que se pueden prorrogar (artículo 16). Pero para los efectos de la suspensión del procedimiento, el juez de garantía debe imponer como condición una o más de las medidas accesorias del artículo 9°, sin perjuicio de las que autoriza el artículo 238 del Código Procesal Penal (artículo 17), entre las cuales se consideran la obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima, como también la prohibición de acercarse a ésta o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente, entre otras (artículo 9°).

Finalmente, el incumplimiento de todas estas medidas, incluida las que se relacionan con la suspensión provisional del proceso por delito constitutivo de violencia intrafamiliar, lleva como sanción expresa la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 (artículo 18), esto es, que el juez de garantía debe poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público **para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil**, sin perjuicio de disponer arresto hasta por quince día en contra del infractor como medida de apremio (artículo 10).

Es del caso advertir en este punto que la situación de incumplimiento de las sanciones en que se ponen los actuales artículos. 8° y 10° de la Ley 20.066 -ambos incorporados al proyecto en tramitación parlamentaria por indicación del Presidente de la República- exigía que dicho incumplimiento fuera “**grave y reiterado**” para que produjera los efectos correspondientes, entre ellos la remisión de los antecedentes al Ministerio Público para los efectos del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, según consta del Segundo Informe de la Comisión del Senado (11 de mayo, 2005, Sesión 52, Legislatura 352), sin embargo esa expresión fue eliminada después de escuchar el parecer del Ministerio Público en el sentido que “el Código de Enjuiciamiento Civil exige solamente el quebrantamiento de lo resuelto, concepto bastante más claro y comprensivo de cualquier incumplimiento, fórmula que por lo demás emplea la ley que creó los tribunales de familia, a propósito de las infracciones en materia de medidas cautelares decretadas”. (Historia de la Ley N°20.066, pág. 324 BCN, 07 de octubre 2005).

Este mismo antecedente ilustra suficientemente la razón por la cual la Ley de Violencia Intrafamiliar no exige la concurrencia de esos elementos de gravedad y reiteración que el recurso pretende se haga concurrente respecto a la configuración de delito de secuestro; y no se concilia con la norma del artículo 239 del Código Procesal Penal que sí lo exige, pero lo es para los efectos de la revocación de la suspensión del procedimiento

reglamentado en este Código, el que debe ceder paso a las normas de la ley especial.

De este modo, queda meridiana-mente claro que los jueces, tanto el de garantía primero, como los del Juicio Oral que terminan sancionando al imputado como autor de desacato, desde el punto de vista procesal, se ciñeron estrictamente a las normas analizadas. Y en lo que respecta a estos últimos, además actuaron por actividad y decisión competente del Ministerio Público quien investigó, denunció y sustentó la acusación por el delito de desacato por todas las etapas del procedimiento, todo conforme a sus obligaciones y facultades privativas. En virtud de ello los jueces fundaron su decisión de condena y determinación de grado de participación del imputado por el quebranto. Es decir, se hizo precisamente lo que el recurso supone no se hizo.

UNDÉCIMO.- Que, y en cuanto a que sólo daría lugar a ser procedente la existencia de un delito de desacato cuando la obligación que se debe y se incumple esté contenida en una sentencia definitiva o interlocutoria ya ejecutoriada o que cause ejecutoria, a lo que adhiere el recurrente. El tema es presentado en el recurso precisamente como cuestionable en circunstancias que no lo es. Es posible aceptar dudas al respecto, particularmente cuando en el Título De la Ejecución de la Resoluciones (término genérico), después de tratar especialmente cómo se cumplen las sentencias definitivas e interlocutorias, el artículo 238 reglamenta la forma cómo se deben ejecutar las

“resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores...” y después el artículo 240 empieza: “Cumplida una resolución... y en su inciso segundo se sanciona: “El que quebrantare lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

En lo concreto, se reitera, se trata de incumplimiento de las condiciones impuestas a un infractor penal por delito de violencia intrafamiliar de las cuales dependía hacer uso por un lapso determinado de la medida alternativa de suspensión condicional del procedimiento.

Pues bien esta resolución, al tenor del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, para estos sentenciadores importa ser sentencia interlocutoria toda vez que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y además resuelve sobre un trámite que sirve de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Y en este caso particular cumple ambas características que la definen: Por una parte, durante el período de observación la víctima, favorecida con la medida, potencialmente protege su seguridad, y el inculpaado garantiza que el procedimiento queda detenido temporalmente en su favor hasta el vencimiento del plazo. Por la otra, si el obligado cumple lo que se le ha exigido, se libera del proceso con la sentencia, también interlocutoria, que lo sobresee definitivamente. Esta resolución causa ejecutoria, luego, produce los efectos que el recurso afirma no concurren.

DUODÉCIMO.- De otro lado, no es efectivo que el quebrantamiento de medidas cautelares sólo dan lugar a sanciones procesales. Desde la óptica del Código Procesal Penal, en el escenario de suspensión del procedimiento conlleva a la revocación del beneficio y a la continuación del proceso; pero, en lo que en esta parte realmente interesa, desde el punto de vista de la ley especial 20.066 aparte de producirse el mismo efecto respecto al juicio penal suspendido -prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar- expresamente el legislador ordena poner los hechos a disposición del Ministerio Público para que decida o no denunciarlos y formalizarlo específicamente por el delito de desacato del inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. De esta suerte es perfectamente posible que en cumplimiento al mandato de la ley el infractor se vea, como en la situación actual, sometido a dos procesos distintos por hechos independientes y separados: a aquél, por la violencia ejercida y a éste otro derivado de su inobservancia a cumplir las condiciones que aceptó a cambio de la suspensión del procedimiento. Se recuerda que éste es precisamente el efecto real de la norma del artículo 16 inciso 1° de la ley señalada cuando dispone que **“sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate”**.

DÉCIMO TERCERO.- Que, ahora, en el plano netamente penal, la sentencia cuestionada no merece reproche de ilegalidad alguna. En

efecto, previa ponderación y análisis de la prueba obtenida da el tribunal como legalmente establecido, más allá de toda duda razonable, los hechos reseñados al comienzo de esta sentencia y como consecuencia “que la conducta del acusado José Gregorio Medina Véjar importó quebrantar lo ordenado cumplir en la causa....pues, en conocimiento de un mandato judicial, que le fue intimado personalmente, lo desobedeció al hacer aquello que se le prohibía, esto es, acercarse a su cónyuge R. R. o a su domicilio de pasaje XXX de la comuna de San Ramón.” En cuanto al elemento subjetivo del delito (conocimiento y voluntad de la realización del tipo) consideró que el imputado sabía que al concurrir al domicilio de su cónyuge quebrantaría lo ordenado pues en el registro de audio, incorporado al proceso por el Ministerio Público, se desprende que se encontraba presente en la audiencia en que se dispusieron las medidas que condicionaban la suspensión condicional del procedimiento, contando en dicha oportunidad con la asesoría de un abogado.

Por último, es pertinente expresar aquí que la voluntad clara del legislador para sancionar los hechos presentados en este proceso como delito de desacato específicamente tipificado en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, más allá del tenor expreso de los artículos de la Ley 20.066 que se remiten a ello, su historia fidedigna deja constancia de un claro propósito de los legisladores en esa dirección. En el segundo informe de la Comisión

de Constitución del Senado se hace constar la proposición aceptada del H. Senador señor Viera-Gallo en el sentido de que “prefirió modificar derechamente la ley N°19.968, sobre tribunales de familia, en el sentido de tipificar como delito de desacato la conducta de quien transgrede las medidas accesorias o cautelares. Además, se incorporó una disposición que da al juez de familia la facultad de imponer de inmediato al infractor, por vía de apremio, arresto hasta por quince días”.

“Sin perjuicio de lo anterior, se resolvió reiterar la norma en esta ley [la N°20.066], a fin de que ella se baste a sí misma y que de su sola lectura quede en claro, para cualquier persona, que desobedecer en esta materia al juez constituye un delito de desacato.” (Op. Cit pág. 331)

DÉCIMO CUARTO.- Que, por todo lo relacionado, se concluye que la sentencia recurrida de nulidad sienta la doctrina que esta Corte Suprema considera como más ajustada a derecho, por lo que no adolece del vicio de ilegalidad de haber incurrido en errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por lo cual no se acogerá el recurso formalizado, y

Vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 385 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido a fs. 8 y siguientes por doña María Paz Martínez Albornoz, en representación del condenado **JOSÉ GREGORIO MEDINA VEJAR**

en causa RIT 481-2009, RUC 0900424870-5 por delito de des-acato, la que por tanto no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro Nivaldo Segura Peña.

Rol N°8467-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres.

Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNACIÓN PROVISORIA TRATÁNDOSE DE LA IMPUTACIÓN DE SIMPLE DELITO

María Angélica San Martín Ponce¹

Comentario:

Esta Unidad Especializada ha sostenido, tanto en actividades de capacitación como en el oficio del Fiscal Nacional que consolida las instrucciones en materia de responsabilidad penal de adolescentes, que de acuerdo a la actual regulación legal es posible en determinados casos de imputación de simple delito imponer a un adolescente como medida cautelar la internación provisoria.

Lo anterior, dado que el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que regula la internación provisoria, no es una norma que se baste a sí misma y que prescindiera del estatuto general de las medidas cautelares personales del Código Procesal Penal. Dicho artículo establece un presupuesto general de procedencia de la internación provisoria, en relación con la penalidad del hecho: que se trate de una imputación de crimen, lo que se hace en relación al marco penal general de los adultos.

Pero esta norma no se hace cargo de regular las circunstancias materiales concretas que harían necesaria la medida cautelar, así como tampoco los casos excepcionales en que resulta aplicable, a pesar de que la penalidad del delito imputado, en principio, no lo considere. Resulta así imprescindible recurrir a la normativa general de las medidas cautelares personales, prevista en el Código Procesal Penal.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el carácter supletorio del Código Procesal Penal en el sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (artículo 27 de la Ley), las normas de los artículos 140 y 141 del código señalado, resultan plenamente aplicables.

Así, el inciso segundo del referido artículo 141, se aplicará a los adolescentes, pudiendo solicitarse y decretarse la internación provisoria en los supuestos de esta norma, puesto que, de lo contrario, no podrían satisfacerse los objetivos de la investigación, de seguridad para la víctima o de comparecencia del imputado.

La internación provisoria puede solicitarse e imponerse en supuestos de hecho como el contenido en el fallo que se comenta, es decir, cuando existan antecedentes que hagan presumir que el adolescente pudiese incumplir sus obligaciones de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y de presentarse a los actos del procedimiento.

1 Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

En este sentido ya se había pronunciado el máximo tribunal, en sentencia de fecha 27 de julio de 2007, dictada en autos rol N°3191-07, donde se señala que en cuanto a la internación provisoria resulta indudable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal, refiriéndose explícitamente a los objetivos de las cautelares señalados en el inciso primero del artículo 155 Código Procesal Penal, imponiendo la Ley N°20.084, a juicio de ese tribunal, algunas correcciones mínimas en atención al lugar donde se deberá cumplir la internación provisoria y las medidas de control que debe asumir el juez de garantía.

Reitera la Corte Suprema esta aplicación supletoria en la sentencia recaída en los autos Rol N°1030-09, al acoger un recurso de queja presentado por el Ministerio Público a propósito del artículo 38 de la LRPA relativo a plazos especiales. En su considerando séptimo señala, al referirse a la historia fidedigna del establecimiento de la ley consignada en el primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, que contiene opinión del señor Mauricio Duce Julio, el cual refiriéndose al tema procesal en general, señaló que la estructura que se estableció para el proyecto (de Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente), hacía que éste dependiera o se encontrara vinculado directamente con las normas del nuevo Código Procesal Penal, hasta el punto que podría afirmarse que el proceso penal que se establece en ese Código, es el proceso para los adolescentes que este proyecto impone.

Esta supletoriedad queda además manifiesta en la exigua regulación que respecto a medidas cautelares podemos encontrar en la ley especial, ejemplo de ello lo constituye la inexistencia de normas que regulen la solicitud, revocación y modificación de esta medida cautelar, como en cuanto al régimen de apelación aplicable, y por tal motivo, sólo haciendo aplicación del artículo 27 de dicha Ley, dichos aspectos se regulan en conformidad a las reglas generales que para la prisión preventiva se establecen en el Código Procesal Penal.

Otro argumento en apoyo a nuestra postura se encuentra en el texto mismo del artículo 32 de la Ley N°20.084 al precisar que la procedencia de la cautelar de internación provisoria sólo será procedente cuando, además de tratarse de la imputación de crímenes, los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales. Estando entre los objetivos del citado artículo asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, resulta imprescindible para hacer posible este requerimiento de la norma acudir al estatuto complementario del Código Procesal Penal, específicamente, a la situación de excepción a la improcedencia de la medida cautelar de internación provisoria para casos en que no se impute un crimen, contenida en el artículo 141 inciso final, que faculta al Juez su otorgamiento, “en todo caso” cuando exista peligro de fuga.

Breve referencia a la situación de hecho que la sala de verano de la Corte Suprema tuvo ocasión de conocer a propósito del recurso de apelación deducido por la defensa respecto del recurso de amparo rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel

El aún adolescente a la fecha de comisión del delito, S.A.O.A., con fecha 5 de febrero del año 2010, luego de ser controlada su detención y formalizado por el delito de robo por sorpresa, fue sometido a la cautelar de internación provisoria por peligro para la seguridad de la sociedad y peligro de fuga, por resolución de la Juez Titular del 10° Juzgado de Garantía de Santiago doña Silvia Caro. En el caso, el peligro de fuga se acreditaba básicamente con el extracto de filiación y antecedentes que registraba cinco condenas por diversos delitos a distintas penas, siendo la más gravosa de ellas una internación en régimen semicerrado que desde hacía aproximadamente un mes no se presentaba a cumplir, estando pendiente la discusión de dicho incumplimiento.

Sentencia

(Corte de Apelaciones de San Miguel)

San Miguel, doce de febrero de dos mil diez.

Proveyendo escrito folio 2021: A lo principal y primer otrosí, téngase presente; Al segundo otrosí, téngase por acompañado.

VISTOS:

PRIMERO: Que a fojas 1, recurre de amparo don Luis Gálvez Astudillo, Defensor Penal Público, con domicilio en Avenida Pedro Montt N°1606, piso 10, comuna de Santiago, en relación a la investigación RIT 668-2010, RUC 1000122423-4, a favor del adolescente S.A.O.A., de 17 años de edad, en contra de la señora Juez Titular del 10° Juzgado de Garantía de Santiago doña Silvia Cristina Caro Quiroz, quien mediante resolución de fecha 5 de febrero del año en curso, decretó la internación provisoria

del amparado. Funda en recurso en que en audiencia de control de detención de cinco de febrero de 2010, el Ministerio Público comunicó que se sigue una investigación en su contra por el delito de robo por sorpresa y requirió respecto del adolescente su internación provisoria por peligro para la seguridad de la sociedad, básicamente por registrar una anotación previa en el registro SAF.

Agrega que, su parte sostuvo la improcedencia de la medida conforme lo dispone el artículo 32 de la ley 20.084 en relación al artículo 19.7 letra b) de la Constitución Política de La República, no obstante lo cual, la Magistrado decretó la internación provisoria, pero fundada en argumentos de hecho y de derecho no citados por el persecutor, como lo es el artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal, señalando que si bien es cierto que existe la disposición legal del artículo 32 de la ley 20.084, la internación provisoria o cualquier otra medida cautelar que se decreta

en orden a garantizar los fines del procedimiento y el cumplimiento de una eventual sentencia, no se debe olvidar que las normas del Código Procesal Penal son aplicables a todo procedimiento penal, que faculta para aplicar la prisión preventiva, la cual es equivalente a la internación provisoria, aplicando dicha norma por estimar procedente la internación provisoria por existir un peligro de fuga.

Expresa el recurrente que, la resolución fue dictada fuera del ámbito del debate y las peticiones formuladas por el Ministerio Público, quien jamás hizo una referencia al artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal, pese a lo cual la señora Juez, decretó la internación provisoria trasladando sus argumentos al artículo 141 letra c), como forma de hacer inaplicable el artículo 32 de la ley 20.084, ya citado, decretando respecto del adolescente un encierro arbitrario e ilegal.

Agrega que el actuar de la recurrida vulnera las normas establecidas en la Ley de Responsabilidad Adolescente, la cual rige el juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones penales por parte de los adolescentes y que supletoriamente se rige por las normas del Código Procesal Penal, ya que la primera normativa en su artículo 32 establece, de manera literal, que la internación provisoria sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de 18 años constituirían crímenes, quedando fuera el delito de robo por sorpresa. Que el actuar de la Magistrado también vulnera lo dispuesto en

el artículo 19 N°7 letra b) de la Constitución Política de La República, el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, solicitando se declare en definitiva que la internación provisoria ha sido decretada en forma arbitraria e ilegal, ordenando la inmediata libertad del amparado.

SEGUNDO: Que a fojas 12 la señora Juez del 10° Juzgado de Garantía de Santiago, doña Silvia Caro Quiroz, informa señalando que el día 5 de febrero del año en curso, en causa RIT 668-2010 del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, en turno de control de detención, recibió en audiencia al adolescente S.A.O.A., quien fue formalizado como autor de un delito de robo por sorpresa, cometido en contra de un chofer de un bus de la locomoción colectiva. Que el Ministerio Público solicitó decretar la medida de internación provisoria del imputado, por peligro para la seguridad de la sociedad, en razón de registrar condenas anteriores por delitos graves y estimar que existía un evidente peligro de fuga y que dicha medida sería la única que permitiría asegurar los fines del procedimiento.

Agrega que, la defensa del imputado no cuestionó los presupuestos de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, y solicitó el rechazo de la medida de internación provisoria, por considerar que dicha medida resultaba improcedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 20.084, que se refiere a la imputación de un delito de crimen, lo que no se daba en este caso.

El Tribunal acogió la petición del Ministerio Público por considerar que existía en la libertad del imputado un peligro de fuga, por aplicación del artículo 141 inciso final del Código Procesal Penal, que establece excepciones a la improcedencia de la prisión preventiva (equivalente a la internación provisoria), que autoriza al Tribunal para aplicar dicha medida cuando considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento hasta la dictación de la sentencia.

En cuanto a lo manifestado por el recurrente, de que el Ministerio Público jamás hizo alusión al artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal y que, la Fiscalía pidió expresamente que se decretara la medida cautelar por peligro para la seguridad de la sociedad y por peligro de fuga, sin mencionar norma específica y que la norma a aplicar le corresponde al Juez quien finalmente resuelve, haciendo presente la Juez informante que ella no mencionó el artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal, sino que el artículo 141 inciso final de dicho cuerpo legal.

En relación al fondo del asunto, señala que el artículo 32 de la Ley 20.084 establece que la cautelar de internación provisoria sólo será procedente tratándose de la imputación de conductas, que de ser cometidas por una persona mayor de 18 años constituirían crímenes y, agrega que debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal

no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales y que entre los objetivos del citado artículo están asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, y que por derivación del artículo 27 de la ley 20.084, las medidas cautelares en el caso de los adolescentes se rige por las normas de los artículos 139 y siguientes del Código Procesal Penal, que se refieren a la prisión preventiva, así que para decretar la medida de internación provisoria, deben darse los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal y por su parte el artículo 141 de la misma normativa establece una excepción a la improcedencia de la prisión preventiva que faculta al Juez a decretar, en este caso la internación provisoria, en forma excepcional, cuando existe un real peligro de fuga, resultando plenamente aplicable en la especie, en razón de que el imputado ha sido condenado en reiteradas oportunidades por los delitos de robo por sorpresa, receptación, robo con intimidación y robo con violencia, todos ellos cometidos entre el año 2008 y 2009, que está a punto de cumplir los 18 años y considerando la prognosis de pena por la reincidencia específica, lo que permite presumir que no se presentará a los actos del procedimiento ni al cumplimiento de una eventual condena.

Finalmente hace presente que en contra de esta resolución procede el recurso ordinario de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 149 del Código Procesal Penal, que

el plazo para su interposición se encuentra vigente y no se ha deducido.

TERCERO: Que, en consecuencia, atendido los antecedentes penales del imputado y lo señalado por el Ministerio Público en esta audiencia, referente a que el adolescente habría quebrantado una de las condenas impuestas previamente, lo cual no fue controvertido por la defensa en estrados, se comparte los razonamientos de la señora Juez a quo en cuanto a la existencia de un peligro de fuga, lo que hace procedente por lo referido en los numerales que preceden aplicar la medida de internación provisoria respecto del adolescente imputado.

CUARTO: Que a mayor abundamiento, se está frente a una resolución adoptada por un Tribunal de la República, dentro de sus facultades legales y, por lo demás, respecto de la cual se ha tenido la posibilidad de recurrir y debatir en su oportunidad, mediante los recursos procesales que la ley plantea conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 20.084 en relación al artículo 149 del Código Procesal Penal y, que la medida cautelar decretada respecto del adolescente ha sido impuesta por una autoridad competente, en uno de los casos previstos en la ley, con sujeción a las formalidades que la misma establece y habiendo mérito bastante que la justifica, de modo que, no concurriendo los presupuestos establecidos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, el amparo deducido a fojas 1 será desestimado.

Y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de La República, **SE RECHAZA** el recurso de amparo a fojas 1 por don Luis Gálvez Astudillo en favor del adolescente S.A.O.A.

Regístrese, comuníquese y archívense en su oportunidad.

Rol N° 61-2010-AMP

Pronunciado por las Ministras señoras Adriana Sottovía Giménez y Ana María Arratia Valdebenito y por el Abogado Integrante señor Manuel Hazbún Comandari.

Corte Suprema

Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil diez.

A fojas 43 y 44: téngase presente

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo tercero, que se suprime.

Se confirma la sentencia apelada de doce de febrero del año en curso, escrita a fojas 24 y siguientes.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito quien fue de opinión de revocar la referida sentencia y hacer lugar al recurso de amparo, porque en su concepto la decisión de imponer la cautelar de internación provisoria en un centro cerrado es ilegal en el sentido del artículo 21 de la Constitución Política de la República, porque inaplica la ley N° 20.084, en especial su artículo 32, afectando de esa manera el derecho a la liber-

tad personal del adolescente S.O.A. al emplear el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal que ha sido previsto para adultos, y que solo por excepción puede usarse con adolescentes infractores de ley penal.

En efecto, no se le formalizó por algún crimen y esta circunstancia objetiva impide la internación provisoria, porque únicamente en caso contrario puede acudirse al citado precepto.

Tal comprensión del asunto excede la cuestión cautelar, ya que sustrae

al adolescente del sistema legal particular que regula su responsabilidad penal y el proceso atendiendo a su desarrollo etéreo, lo que afecta injustificadamente su libertad personal.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

N°1.516-2010.

Pronunciada por la Sala de Verano de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Rubén Ballesteros C., Juan Araya E., Haroldo Brito C., y la señora Rosa María Maggi D.

EXISTENCIA DE CONVIVENCIA ENTRE PERSONAS QUE COHABITAN EN UN VAGÓN DE FERROCARRILES

María José Taladriz Eguiluz¹

Comentario:

Resumen

Primer pronunciamiento de Corte de Apelaciones sobre la existencia de cohabitación tratándose de una pareja de mendigos. Se destaca el deber de fidelidad, como un deber propio de la institución matrimonial y, en consecuencia, exigible a quienes conviven, elemento que no había sido considerado por otros tribunales superiores.

Antecedentes

La defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, de fecha 16 de noviembre de 2009, en causa RUC N°0700329382-8, que condenó al imputado como autor del delito de parricidio, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de homicidio consumado, invocando la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, sosteniendo que en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria se habría hecho una errónea aplicación del derecho en la calificación jurídica del delito de parricidio, que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que el ilícito en cuestión respondería a la calificación jurídica de homicidio simple, puesto que no habría existido una relación de convivencia entre el acusado y una de las víctimas, por tratarse de mendigos que no tenían un lugar fijo donde vivir.

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso interpuesto, sosteniendo que la determinación del sentido y alcance de la expresión “conviviente” compete exclusivamente a los jueces del fondo, quienes se encuentran plenamente autorizados para discernir conforme a los antecedentes de la investigación. El tribunal de alzada sostiene que el Tribunal Oral en lo Penal se hizo cargo, acertadamente, en su considerando duodécimo, de la tesis planteada por la defensa. Dicho considerando establece:

“DUODECIMO: Que por otra parte con los dichos de Mariana Toro Villavicencio, Teresa Stevens Rodríguez y L.J.T.A, Víctor Hugo Torres Beroiza, Nelson Alonso

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Ramírez, Edison Manríquez y Juan Reyes, se acreditó que Rosalba Sepúlveda y el acusado cohabitaban en el vagón de ferrocarriles de manera estable y todos ellos los consideraban como una pareja, antecedentes que, parecieron suficientes para considerar que tenían la calidad de convivientes a la que alude el artículo 390 del Código Penal, término que según el diccionario se usa para designar tanto al que convive como a cada uno de aquellos con quien comúnmente se vive y que deriva del verbo convivir, esto es, a la acción de vivir en compañía de otro, cohabitar, es decir, sirve para referirse a las personas que conviven, compartiendo relación de pareja, carente de formalidades, pero con cierta estabilidad, como se indicó en la causa Rit. 99-2006, del Juzgado de Garantía de Combarbalá y que fue confirmado por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, en la causa ingreso Corte Rit 373-2006.

Para concluir así el Tribunal, discrepó de la Defensa en cuanto postuló que, para otorgar a una persona la calidad de conviviente de otra, debería existir una relación que cumpliera requisitos similares a los que son propios de un matrimonio, y que fueron señalados por el catedrático Javier Barrientos Grandón: que exista una vida en común, y con la intencionalidad de compartir un proyecto de vida unitario. Además se tuvo en consideración que la relación entre el acusado y Rosalba Sepúlveda, demostrada por los testigos ya referidos, se daba entre personas habitantes de la calle, cuya única expectativa de vida no era otra que proveerse de dinero para alimentarse e ingerir alcohol, pero esta situación no les impedía tener una relación sentimental, persistente en el tiempo ya que se inició en San Antonio —en el año 2005, según Juan Reyes— y se mostraron como tales ante sus pares, en diferentes localidades.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la defensa aseveró que las muertes de las víctimas se debió a un problema de infidelidad, lo que importa reconocer que la relación entre el acusado y Rosalba debía sujetarse a los deberes propios del matrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que de acuerdo a los testigos el acusado vivía con la víctima hacía tiempo, en su calidad de caminantes y vagabundos, durmiendo juntos en un vagón, viajando en igual forma a distintos lugares y al verlos en esa relación que apreciaron los testigos de cargo, fue lo que les hizo declarar que constituían una pareja, y al tribunal, calificar al imputado como conviviente de Rosalba Sepúlveda, debido a la cohabitación entre ellos, a la unión de un vínculo afectivo y a la estabilidad de la unión que detentaban”.

Comentario:

El artículo 21 de la Ley N°20.066 modificó el artículo 390 del Código Penal, incorporando como posibles sujetos activos y pasivos del delito de parricidio al conviviente, sin que tal concepto fuera definido por el legislador, pero, reconociéndose una realidad propia de la evolución de la sociedad.

Sin embargo, para que una relación de hecho pueda tener el mismo trato que el matrimonio, deberá cumplir con ciertas características que no han sido establecidas por el legislador². Por ello, ha correspondido a los sentenciadores determinar bajo qué circunstancias una relación de pareja puede llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia.

Si bien la calidad de convivientes de personas indigentes, que por sus circunstancias socioeconómicas, no viven bajo un mismo techo, ya había sido discutida en tribunales³, destacamos este fallo por tratarse del primer pronunciamiento de una Corte de Apelaciones sobre la materia, y porque, además, al ratificar lo resuelto por el tribunal de fondo, destaca como uno de los elementos de la convivencia el “deber de fidelidad”, como un deber propio de la institución matrimonial, y en consecuencia exigible a quienes conviven, elemento que no había sido considerado por otros fallos de Cortes de Apelaciones que se refieren a éstos⁴.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha considerado la cohabitación *bajo un mismo techo* como un antecedente clave a la hora de determinar la existencia de una relación de convivencia, en reiteradas oportunidades. Sin embargo, la Corte de Rancagua evidencia que la concurrencia o no de dicha situación no constituye un requisito sine qua non de ésta, sino un antecedente más a considerar, relevando *la existencia de un vínculo afectivo y la estabilidad del mismo*, lo que implica cohabitar, sin que ello deba llevarse a cabo bajo un mismo techo, en sentido literal.

Una decisión contraria implicaría el no reconocimiento de la calidad de convivientes de aquellas personas que no obstante vivir conjuntamente, por razones de índole social, no pueden vivir bajo un techo (entendido como casa habitación formal), al carecer de él, no obstante que en sus relaciones, evidentemente, pueden darse las mismas dinámicas de poder, control y manipulación que en aquellas que por razones socioeconómicas sí pueden vivir en un hogar tradicional.

Este pronunciamiento se ajusta a lo señalado en la historia de la Ley N°20.066, toda vez que uno de los fundamentos de la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N°20.066⁵ fue la necesidad de ampliar la definición del artículo 1°

- 2 El legislador no ha exigido el transcurso de un período mínimo de duración de la relación de hecho, ni otra característica temporal o formal.
- 3 Ver sentencia de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de 29 de abril de 2009, RUC N°0 800 933 344 -5 que condena por el delito de parricidio frustrado.
- 4 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, de 28 de marzo de 2008, Rol Ingreso Corte N°235-2008, Ruc N°0700167516-2 y sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, de 9 de agosto de 2007, Rol Ingreso Corte N°71-2007, Ruc N°0500667758-6; entre otras.
- 5 Moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz.

de la Ley N°19.325, para incluir a los familiares y otros similares no contemplados y definir mejor los grados de violencia⁶.

De este modo, en el primer trámite constitucional, la Cámara de Diputados aprobó la norma que contiene la definición de violencia intrafamiliar, señalando a continuación de los sujetos activos y pasivos de la misma, la expresión: “*sea que viva o no bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado*”. Por su parte, durante el segundo trámite constitucional, el Senado hizo exigible el requisito de vivir bajo la misma morada exclusivamente al adoptante o adoptado, modificación que la Cámara de Diputados rechazó en el tercer trámite constitucional⁷, eliminando definitivamente dicha exigencia en el artículo 5° de la Ley N°20.066.

Nos parece relevante destacar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua, pues al ratificar la decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de dicha ciudad, considera suficiente, para acreditar la convivencia, entre otros antecedentes, las declaraciones de testigos que señalaron que el acusado vivía con la víctima hacía tiempo, en su calidad de caminantes y vagabundos, durmiendo juntos en un vagón. Argumento que fue reforzado por lo señalado por la defensa, en cuanto aseveró que las muertes habrían sido causadas por un *problema de infidelidad*.

El considerando citado revela la existencia de una unidad de hecho, considerada como una unidad económica, basada en la subsistencia, en la pseudo protección recíproca, aunque fuera sólo para el consumo de alcohol y la provisión de alimentos. Además, aunque no fuera posible hacer una medición de los afectos y confianzas, no cabe ninguna duda que había una unión basada en los afectos y sentimientos, pues eran visualizados por sus pares como pareja, lo que implica no sólo la intencionalidad de actuar unitariamente, sino la existencia de un proyecto común, lo que se refleja desde que se conocieron en el año 2005, mostrándose como tales en diversas localidades.

Compartiendo el criterio de los referidos tribunales, en cuanto a considerar como elemento de la convivencia la cohabitación en un vagón, nos referiremos a la posibilidad de convivir en un hogar no tradicional, como el señalado.

Al respecto, resulta de interés relacionar la convivencia en un lugar como el referido con el concepto de “*morada*” que a propósito del delito de violación de domicilio (artículos 144 y 145 del Código Penal) desarrolla el profesor

6 Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, p. 6, Boletín N°2.318-18.

7 Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la Ley N°19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, pp. 6 y 7, (Boletín N°2.318-18).

ETCHEBERRY⁸, lo que claramente puede aportar en el debate que se suscite con motivo de relaciones de convivencia no tradicionales.

El autor señala que para la concurrencia del delito sancionado en el artículo 144 del Código Penal, la entrada debe ser en “*morada ajena*”, debiendo determinarse el sentido y alcance de dicha expresión, agregando que a la morada ajena se le ha denominado “*violación de domicilio*”, en circunstancias que ni la Constitución Política del Estado, ni el Código Penal, hablan de “*domicilio*”, pues la primera se refiere al “*hogar*” y el segundo a la “*morada*”. Por esta razón, al concepto “*domicilio*” no debe darse el sentido previsto en el artículo 59 del Código Civil, que lo define como “*la residencia, acompañada real o presuntamente del ánimo de permanecer en ella*”, esto es, como una relación abstracta entre una persona y un lugar donde se le supone siempre presente para los efectos legales, puesto que dicha noción civil persigue objetivos diferentes de la noción penal. La primera influye en la formación y extinción de derechos civiles, mientras que en derecho penal, dice relación con la esfera de intimidad reservada exclusivamente a una persona o grupo de personas, de donde éstas tienen derecho a excluir a los demás, con el objeto de brindarles protección⁹.

Importante resulta, entonces, el análisis del autor mencionado, pues determina el contenido de “*morada*” en función de una esfera de intimidad que merece protección, como, precisamente, sucede en el caso resuelto por los tribunales de la VI Región.

ETCHEBERRY explica que el problema principal radica en saber “*si sólo se está protegiendo la tranquilidad doméstica, es decir, si “morada” es solamente la casa donde una persona o grupo de personas pernocta, toma ordinariamente su alimento y realiza las actividades propias de la vida de familia, o si comprende también otros recintos no domésticos, pero sí privados*”, señalando, entre otros, los establecimientos comerciales, los clubes y las oficinas de profesionales. El autor sostiene que el artículo 144 del Código Penal utiliza la expresión “*morada*” en un sentido más amplio que el doméstico, pues el artículo 145 del mismo código sólo establece que la sanción para la violación de morada no se hará extensiva al que entre a “*café, tabernas, posadas y demás casas públicas*”, utilizando la expresión “*casa*” para diversos establecimientos comerciales, respecto de los cuales puede o no concurrir el delito previsto en el mencionado artículo 144, según las circunstancias particulares del caso, pues el único criterio diferenciador para su

8 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile (tercera edición revisada y actualizada), pp. 252-264.

9 En el mismo sentido, POLITOFF, en *El delito de apropiación indebida*, Santiago, 1992, pp. 75 y ss., ha concluido, refiriéndose al concepto de cosa mueble, que los conceptos civiles y penales responden a funciones o finalidades prácticas diferentes y que, por lo tanto, pueden eventualmente diferir.

conurrencia “es que no se trate de locales que están indiscriminadamente abiertos al público”¹⁰.

El autor concluye que “morada es el recinto en que una persona o grupo de personas viven o desarrollan habitualmente determinadas actividades, con exclusión de la presencia de otros”, agregando que “no es preciso que se trate de un edificio, y ni siquiera que sea un inmueble”. Destaca, eso sí, la importancia de la existencia de una clara demarcación de sus límites y que éstos no sean meramente simbólicos, sino que representen un obstáculo más o menos efectivo para el acceso de terceros a su interior. Agrega que, en general, no serán morada los vehículos, pero sí podrán serlos en determinados casos como carretas de gitanos y vagón de ferrocarril abandonado¹¹.

CARRARA, citado por Etcheberry¹², expresa sobre el particular que: “La palabra domicilio debe, por consiguiente, ser entendida... con el sentido amplísimo mediante el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria...”. Así, el morador puede ser propietario, poseedor, mero tenedor, e incluso, ocupar la morada por simple tolerancia de otro o por un acto de mera facultad de éste¹³.

Conclusiones

Para el derecho penal, la noción extendida del concepto “morada”, tiene por objeto proteger la incolumidad de la esfera íntima de la persona, siendo precisamente esta esfera la que ha pretendido resguardar el legislador a propósito de la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar, especialmente, al incorporar como sujetos activos y pasivos al conviviente. Siendo así, lo resuelto por los tribunales de la VI Región, resulta concordante con lo señalado por la doctrina nacional, a propósito de otros delitos.

Por lo tanto, el hecho de cohabitar en un lugar en condiciones precarias, no excluye necesariamente la calidad de convivientes.

10 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Ob. cit.*, p. 254.

11 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Ob. cit.*, p. 255.

12 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Ob. cit.*, p. 256.

13 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Ob. cit.*, p. 256.

Sentencia:

Rancagua, veintinueve de enero de dos mil diez.

VISTOS:

Que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, por sentencia de 16 de noviembre pasado, condenó a Alejandro Antonio Muñoz Ramírez, en lo que interesa, a las penas de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio de su conviviente Rosalba Patricia Sepúlveda Urrutia y cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito consumado de homicidio de Carlos Daniel Gómez Berríos, perpetrados en Rengo el 1 de mayo de 2007 y descubiertos los días 6 y 2 de igual mes y año, respectivamente.

Que contra la sentencia la defensa dedujo recurso de nulidad, pidió invalidar el fallo en lo pertinente y dictar otro que realice la calificación jurídica que reclama, respecto de uno de los delitos.

En la audiencia de rigor se escuchó alegato de los intervinientes.

CONSIDERANDO:

- 1.- Que el recurso invoca la causal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal;
- 2.- Que el recurso denuncia que el fallo, al calificar como parricidio el delito en la persona de Rosalba Patricia Sepúlveda Urrutia, incurre

en error de derecho, ya que el ilícito en cuestión, según explica, responde a la calificación jurídica de homicidio simple, puesto que no existió relación de convivencia entre acusado y víctima, luego, al decidir el fallo que si la hubo, ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo, desde que la pena impuesta, de no mediar ese error, habría sido bastante menor;

3.- Que, conforme lo anterior, siendo ese el reproche que trae el recurso, el asunto pasa por determinar si entre hechor y víctima existió la relación de convivencia que exige el artículo 390 del Código Penal para calificar el atentado como delito de parricidio;

4.- Que la expresión “conviviente”, no ha sido definida por la ley, luego, la determinación de su sentido y alcance compete únicamente a los jueces del fondo y sólo para el caso en que son llamados a ejercer su ministerio, de modo que al resolver, como ocurre en la especie, se encuentran plenamente autorizados para discernir, conforme a los antecedentes que concede la pesquisa, si la relación, acusado-interfecta del caso presente, encuadra o no en el concepto “conviviente” que utiliza el artículo 390, ya citado;

5.- Que, en tal cometido, como consta del segmento 12 del fallo, los jueces del grado, abordando el tema, analizaron con detalle y acierto la prueba que les permitió concluir de la forma en que lo hicieron y, a este respecto, como también consta, calificaron al imputado como conviviente

de Rosalba Sepúlveda, entregando al efecto razones claras y precisas que así lo permitieron, entre otras, la cohabitación, el vínculo afectivo y la estabilidad de dicha unión;

6.- Que, asimismo, los jueces se hicieron cargo, acertadamente, de la ponencia traída por el defensor y que ahora se reitera, expresando su discrepancia con esos postulados, respetables por cierto, pero en demasía exigentes, sobre todo si echa en falta, en la calificación de conviviente, la intención de compartir un proyecto de vida unitario, similar al de un matrimonio, cuestión que parece excesiva, siendo suficiente, en concepto de ésta Corte, los aspectos considerados en el fallo que se revisa; y,

7.- Que, en tal escenario, los jueces del grado, al efectuar la calificación jurídica del delito como parricidio, han efectuado una correcta aplicación del derecho, de modo que el recurso, en cuanto pretende una calificación jurídica distinta, no puede prosperar y, por tanto, deberá ser rechazado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa de Alejandro Antonio Muñoz Ramírez en contra de la sentencia de dieciséis de noviembre pasado y, en consecuencia, dicha sentencia no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro señor Pairicán.

Rol 379-2009.-

Pronunciada por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones integrada por los señores ministros titulares don Carlos Bañados Torres, don Ricardo Pairicán García, y el abogado integrante don Juan Guillermo Briceño Urra.

No firma el ministro don Carlos Bañados Torres, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del recurso, por encontrarse con permiso en conformidad con lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales

CONTENIDOS

Artículos

Cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal
Yelica Lusic N.

Prescripción ilegal y suministro ilegal de drogas, conceptos básicos, características y jurisprudencia
Renzo Figueroa A.

Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la Ley N° 20.000
Jorge Muñoz B.

El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico.
Carolina Zavidich D.

Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCENNA): un fenómeno invisible
Macarena Car S.

Reincidencia en personas condenadas por delitos sexuales
Karen Guzmán V.

Sobre la vigencia del delito de tala ilegal
Marcos Contreras E.

Sentencias Comentadas

Tribunal de Garantía de Pitrufquén condena a Secretario Comunal de Planificación por delitos de falsificación de instrumento público, negociación incompatible e infidelidad en la custodia de documentos.
Cristián Crisosto R.

Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua condena a una de las acusadas como autora del delito de lavado de dinero contenido en el artículo 27 de la Ley 19.913
Marcelo Contreras R.

El incumplimiento de la condición decretada en una suspensión condicional del procedimiento en causas sobre violencia intrafamiliar y el delito de desacato
María Cecilia Ramírez G.

Procedencia de la medida cautelar de internación provisoria tratándose de la imputación de simple delito
María Angélica San Martín P.

Existencia de convivencia entre personas que cohabitan en un vagón de ferrocarriles
María José Taladriz E.

Fallos

Recurso de queja acogido. Actuaciones que suspenden el curso de la prescripción de la acción penal
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Oportunidad del acusado para declarar en el Juicio Oral
Corte Suprema

Recurso de queja rechazado. Control del ejercicio de la facultad de admisión de prueba nueva al tenor del artículo 336 del Código Procesal Penal
Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad acogido en relación al artículo 277 del Código Procesal Penal
Tribunal Constitucional